



Livre

1990

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

L'action révocatoire dans les groupes de sociétés

Peter, Henry

How to cite

PETER, Henry. L'action révocatoire dans les groupes de sociétés. Bâle : Helbing & Lichtenhahn, 1990.
(Collection genevoise)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:23675>

L'ACTION
REVOCATOIRE
DANS
LES GROUPES DE
SOCIETES

Henry Peter



Helbing & Lichtenhahn
Faculté de Droit de Genève



COLLECTION GENEVOISE

L'action révocatoire
dans les groupes de sociétés



COLLECTION GENEVOISE

A mes parents



COLLECTION GENEVOISE

Henry Peter

L'action révocatoire dans les groupes de sociétés

Helbing & Lichtenhahn
Bâle et Francfort-sur-le-Main 1990
Faculté de Droit de Genève

Catalogage en publication de la Deutsche Bibliothek

Peter, Henry :

L'action révocatoire dans les groupes de sociétés / Henry Peter.

Faculté de Droit. —

Bâle ; Francfort-sur-le-Main : Helbing & Lichtenhahn, 1990

(Collection genevoise)

Zugl. : Genf, Univ., Diss.

ISBN 3-7190-1102-X

Thèse N° 672 de la Faculté de droit de l'Université de Genève.

La réalisation de cette thèse a été possible grâce à une bourse de relève concédée
par le Fonds National Suisse de la Recherche Scientifique.

Sa publication a été facilitée par une subvention de l'Université de Genève,
par un prêt de sa Faculté de droit, ainsi que par l'octroi du Prix de la Fondation Walther Hug.

L'œuvre, ses textes, les illustrations et la forme qu'elle contient sont protégés par la loi.

Toute utilisation en dehors des strictes limites de la loi sur les droits d'auteur sans
l'accord de l'éditeur est illicite et répréhensible. Ceci est valable en particulier pour
les reproductions, traductions, microfilms et pour la mise en mémoire et le traitement
sur des programmes et des systèmes électroniques.

ISBN 3-7190-1102-X

Numéro de commande 2101102

© 1990 by Helbing & Lichtenhahn, Bâle

Conception graphique : Vischer & Vettiger, Bâle

TABLE DES MATIÈRES

	page
Table des matières	5
Introduction	15
Ière PARTIE : BUT ET PORTÉE DE LA DISCUSSION	21
Chapitre I : Le problème	23
§ 1. Les intérêts en présence	23
§ 2. Trois exemples	25
1. Soeur-soeur	25
2. Fille-mère	26
3. Mère-fille	26
§ 3. La vulnérabilité des créanciers et les moyens de leur protection	28
Chapitre II : La thèse et le plan	31
Section I : La thèse	31
Section II : Le plan	32
Chapitre III: La portée et les limites de l'analyse	35
Section I : Définition du groupe	35
§ 1. Nécessité d'une définition?	35
§ 2. Le concept retenu	38
a. Description	38
1°. La direction unique (le contrôle)	39
2°. La pluralité d'entités juridiques	40
2.1. Personnes morales	40
2.2. Personnes physiques?	41
b. Internes et externes	43
c. Les limites du concept	45

Section II : La multiple réalité des groupes	46
§ 1. Distinction selon la centralisation	46
§ 2. Distinction selon la politique des transferts	50
a. Le principe des vases communicants	51
b. Le principe du siphon	54
Section III: La situation financière des sociétés considérées	58
§ 1. Insolvabilité, surendettement et faillite	58
a. Insolvabilité et surendettement	58
b. Surendettement et faillite	62
§ 2. Transferts, surendettement et faillite	63
a. Le problème	63
b. Trois hypothèses possibles	63
aa. Ière hypothèse	64
bb. IIème hypothèse	64
cc. IIIème hypothèse	64
c. Commentaire	65

IIème PARTIE : L'ACTION RÉVOCATOIRE DANS LES GROUPES DE SOCIÉTÉS

67

Chapitre I : Description générale de l'instrument	69
§ 1. Définition et historique	69
§ 2. Action révocatoire et groupes de sociétés	70
§ 3. Terminologie	71
Chapitre II: L'action révocatoire dans les groupes de lege lata	73
A: En Droit suisse	73
Section I : Problèmes généraux	73
§ 1. Base légale	73
§ 2. Légitimation active	74
§ 3. Légitimation passive	74
§ 4. Fardeau et appréciation de la preuve	77
§ 5. But et effets de l'action	78
§ 6. For	79
§ 7. Prescription	80
Section II: Les cas de révocation	81
§ 1. Perspectives	81
a. Celle du créancier externe	81
b. De lege lata	81
§ 2. Généralités	81

Sous-Section A: Article 286 LP	84
§ 1. But	84
§ 2. Deux conditions objectives	84
a. Le délai	85
b. La condition spécifique:	
une donation simple ou mixte	85
aa. Principe	85
bb. Application aux groupes en général	85
1°. Les paiements de dividendes	86
2°. Les transferts dissimulés de patrimoine	88
cc. Application à un groupe en particulier	90
1°. L'absence de prix	91
2°. La compensation indirecte	92
3°. L'absence de divulgation	92
3.1. Le problème	92
3.2. L'obligation de divulger	92
3.3. Les conséquences	
de la non-divulgation	94
3.4. Renversement du fardeau	
de la preuve?	94
§ 3. Une condition subjective?	95
a. Principe	95
b. Portée dans les groupes	96
§ 4. Conclusion	97
Sous-Section B : Article 287 LP	97
§ 1. But	97
§ 2. Trois conditions objectives	98
a. Le délai	98
b. Le surendettement	99
c. Les conditions spécifiques alternatives	100
§ 3. Une condition subjective?	102
§ 4. Conclusion	102
Sous-Section C : Article 288 LP	103
§ 1. But et doctrine	103
a. But	103
b. Doctrine	104
§ 2. Deux conditions objectives	107
a. Le délai	107
b. La condition objective spécifique	108
aa. Principe	108
bb. Application aux groupes:	
deux particularités	109

1°. La facilité de transférer	109
2°. La difficulté de déceler	113
cc. Conclusion provisoire	115
§ 3. Deux conditions subjectives?	115
a. Les principes jurisprudentiels	115
aa. L'intention dolosive du débiteur	115
bb. La connivence du bénéficiaire	116
b. Application aux groupes	116
aa. Portée de la discussion	116
bb. Notion de bénéficiaire	117
cc. Confusion des conditions subjectives	118
dd. Présomption de réalisation de la condition subjective	119
1°. Connaissance du caractère dommageable	120
2°. Identification des victimes finales	121
2.1. Surendetté	122
2.2. In bonis	123
2.3. La prévisibilité de la faillite	126
3°. L'exception de l'intérêt de groupe	129
3.1. Un exemple	130
3.2. La nécessité de tenir compte de l'intérêt du groupe	131
3.3. La complexité de l'intérêt de groupe	134
§ 4. Conclusion	136
B: En Droit américain	139
Introduction et plan	139
Section I : Contexte systématique et historique	143
§ 1. Contexte systématique	143
§ 2. Contexte historique	144
a. Les origines anglaises	144
b. Uniform Fraudulent Conveyance Act	145
c. Bankruptcy Code	146
Section II: Description du droit positif	148
Sous-Section A: Le choix du droit applicable	148
Sous-Section B: Hors faillite: l'UFCA	149
§ 1. Champ d'application	149
a. Champ d'application temporel	149
b. Champ d'application matériel	152

1. Le Bulk Transfers Act	152
2. Les normes (étatiques) sur la distribution de dividendes	154
§ 2. Définitions et conditions d'application générales	156
a. Définitions	156
1. Transfert	156
2. Contre-prestation équitable	156
b. Conditions d'application générales	159
1. Légitimation active	159
2. Légitimation passive	159
3. But de l'action	160
4. Fardeau de la preuve	161
5. For	163
6. Prescription	164
§ 3. Les cas de révocation	166
a. En cas de surendettement	166
b. En cas de sous-capitalisation	167
c. En cas d'insolvabilité	175
d. En cas de fraude	177
Sous-Section C: En cas de faillite: le BRA	180
§ 1. Champ d'application	180
§ 2. Les règles du BRA sur l'action révocatoire	181
a. Les règles et leur systématique interne	181
b. Définitions et conditions d'application générales	182
aa. Définitions	182
bb. Conditions d'application générales	182
1. Légitimation active	182
2. Légitimation passive	183
3. But de l'action	183
4. Fardeau de la preuve	184
4.1. Présomption de transfert «frauduleux»	184
4.2. Présomption de connaissance	186
5. For	187
6. Administration jointe et administrateur unique	189
7. Prescription	192
§ 3. Les cas de révocation	193
a. § 544 (a) BRA	193

b. § 547 BRA	194
aa. Ratio Legis	194
bb. Conditions d'application	195
1. Le surendettement du débiteur	196
2. Préférence d'un créancier	196
3. Condition temporelle	197
3.1. En général	197
3.2. Le cas particulier de l'«insider» ...	197
c. § 548 BRA	199
aa. Reprise de l'UFCA	199
bb. Péremption de l'action	200
d. § 544 (b) BRA	201
§ 4. Récapitulation	202
Section III: Les limites de l'action révocatoire dans les groupes et les moyens de les dépasser:	
en particulier la consolidation	203
§ 1. Le problème	203
§ 2. Les solutions «équitables» de la jurisprudence américaine: subordination et consolidation	205
§ 3. La synthèse de la doctrine américaine	206
§ 4. Les expériences du droit suisse, en particulier la consolidation	208
C: Aperçu en droit allemand et italien	212
Section I : En Allemagne: les présomptions instaurées à l'égard des personnes ou sociétés «proches»	212
§ 1. Les dispositions révocatoires du Konzernrecht ..	212
§ 2. Le projet de réforme du droit de l'insolvabilité .	213
Section II: En Italie: l'action révocatoire «aggravée» au sein des grands groupes «en crise»	216
§ 1. La loi de 1979 sur l'administration extraordinaire des grandes entreprises en crise	216
§ 2. L'action révocatoire «aggravée» à l'égard des autres sociétés du groupe	218

IIIème PARTIE : LES RAPPORTS ENTRE L'ACTION RÉVOCATOIRE
ET L'ACTION EN RESTITUTION DE DIVIDENDES 221

Chapitre I : En général	223
Chapitre II : En droit américain	225

§ 1. Le problème mis en évidence par la doctrine	225
§ 2. Les deux thèses en présence: «lex specialis» ou «additional safeguards»	226
§ 3. La réponse du droit américain actuel à nos trois questions	229
§ 4. Le renforcement des exigences du droit des sociétés: vers une disparition du problème?	230
Chapitre III: En droit suisse	233
Section I : Doctrine et jurisprudence actuelles	233
Section II : Les différentes hypothèses	234
§ 1. Exemple	234
§ 2. Les hypothèses possibles	234
Section III: Distinction selon que les «dividendes» ont été ou non formellement déclarés et payés	235
§ 1. En l'absence de décision formelle: la «distribution cachée de bénéfices»	236
a. Définition	236
aa. Définition du concept	236
bb. Méthodes de transferts	236
cc. Bénéficiaire non-actionnaire	237
b. Sanctions	239
§ 2. Les dividendes formellement déclarés	244
a. Non couverts par l'actif disponible	244
b. Couverts par l'actif disponible	246
§ 3. Les réponses du droit suisse actuel à nos trois questions	248
 IVème PARTIE: L'ACTION RÉVOCATOIRE DANS LES GROUPES DE SOCIÉTÉS DE LEGE FERENDA	 249
 Chapitre I : Les propositions de la doctrine	 251
Section I : La proposition Vischer/Rapp	251
§ 1. Description	251
§ 2. Portée de la proposition Vischer/Rapp	252
§ 3. Les échos de la proposition Vischer/Rapp	253
Section II : La proposition Krauskopf	254
§ 1. Description	254
§ 2. Portée de la proposition Krauskopf	255
§ 3. Les échos de la proposition Krauskopf	259

Chapitre II : Le projet de révision de la LP	261
§ 1. Le regrettable conflit (négatif) de compétence entre les commissions législatives	261
§ 2. Les innovations pertinentes du projet de 1981	264
a. Prolongation des délais de prescription	264
b. Objectivation de la condition subjective de l'art. 288 LP	265
c. For lorsque le bénéficiaire est étranger	265
Chapitre III: Les enseignements des droits américain, allemand et italien	267
§ 1. Les enseignements du droit américain	267
a. Insolvenzpauliana	267
b. Unterkapitalisierungspauliana	267
c. Renversement du fardeau de la preuve	267
d. Dies a quo du délai de prescription	268
e. Extension du délai lorsque le bénéficiaire est un interne	268
f. For unique	269
g. Administration jointe et administrateur unique	269
§ 2. Les enseignements des droits allemand et italien	269
a. En droit allemand: la présomption de connaissance entre «proches»	269
b. En droit italien	270
1. Prolongation des délais	270
2. Administration jointe et administrateurs communs	270
3. For unique	270
Chapitre IV : Les éléments essentiels d'une réforme en droit suisse ..	271
§ 1. Cas de révocation	271
a. Prise en considération de l'insolvabilité	271
b. Sous-capitalisation	271
§ 2. Fardeau de la preuve	272
a. Renversement du fardeau de la preuve du caractère équilibré des transactions intra-groupe	272
b. Présomption de connaissance de la part des internes	273

§ 3. Aspects procéduraux	273
a. Prolongation des délais	273
b. For unique	273
c. Administration jointe	274
§ 4. Dépassement des limites de l'action révocatoire	275
a. Consolidation	275
b. Subordination	276
Conclusion	277
Annexes:	
A. UFCA	283
B. BRA	287
§ 101	289
§ 109	291
§ 544 - 545	293
§ 546	294
§ 547	295
§ 548	298
§ 550	299
Bibliographie	301

INTRODUCTION

Sous réserve de quelques dispositions de droit fiscal, il n'existe aujourd'hui en Suisse aucune législation ou réglementation de ce qu'il est convenu d'appeler les «groupes de sociétés»⁽¹⁾. Dans trois arrêts (rendus en 1982 et 1984), le Tribunal fédéral a d'ailleurs rappelé que la notion même de groupe de sociétés n'est ni définie, ni même seulement reconnue en droit positif suisse⁽²⁾.

Il ne semble pas d'ailleurs que l'on doive en l'état s'attendre à la création d'un droit suisse sur les groupes de sociétés, du moins pas dans un avenir prévisible.

L'on ne peut toutefois pas raisonnablement contester que les groupes de sociétés constituent aujourd'hui, dans notre économie, une réalité que l'on ne saurait ignorer. Le droit suisse vit donc en pleine fiction: celle basée sur la conception de notre législateur historique, selon laquelle toute société anonyme est une entité économiquement et juridiquement indépendante, gérée dans son intérêt propre par une administration souveraine. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs encore réaffirmé dans un arrêt de 1984:

«... une filiale n'est ni un simple établissement, ni une succursale, mais une société juridiquement indépendante (références omises). En tant que société anonyme soumise au droit suisse et juridiquement indépendante de la société mère dont elle dépend économiquement (sic), la filiale a ses propres organes et notamment un conseil d'administration dont la fonction est de gérer les affaires sociales dans l'intérêt de la société elle-même et non pas dans celui du groupe (références omises).»⁽³⁾.

C'est là malheureusement plus un voeu qu'une description de la réalité des sociétés anonymes suisses. Ce hiatus résulte de ce que notre ordre juridique n'a, dans ce domaine, pas suivi l'évolution de la réalité économique.

⁽¹⁾ Dans ce sens, voir ATF 108 Ib, pp. 28ss; ATF 108 Ib, p. 448 = SJ 1983, p. 572; ATF 110 Ib, pp. 127ss = SJ 1985, pp. 105ss, 106 et Peter FORSTMOSER/Arthur MEIER-HAYOZ, Einführung in das schweizerische Aktienrecht, 2^e éd., p. 299, par. 44, ch. 30.

⁽²⁾ ATF 108 Ib, p. 448 = SJ 1983, p. 572 et ATF 108 Ib, p. 37, consid. 4 c; voir aussi l'arrêt cité note (3), résumé infra, p. 26.

⁽³⁾ ATF 110 Ib, pp. 127ss = SJ 1985, pp. 105ss, 107, résumé infra, p. 26.

Le problème peut être exprimé dans la perspective du concept d'entreprise, concept pour servir de cadre auquel la société anonyme a été historiquement créée. **Notre droit présuppose en effet que la société anonyme est l'entité qui sert de cadre juridique à l'entreprise.** Or, c'est là une vue aujourd'hui fréquemment dépassée. L'entreprise a en effet suivi le développement de l'économie. Elle est devenue complexe, intégrée et souvent internationale. Simultanément les juristes ont appris à connaître l'instrument. Ils ont découvert **comment diviser l'entreprise en plusieurs entités juridiques** afin d'en compartimenter les risques et les responsabilités tout en augmentant le potentiel. Ils sont devenus experts à se jouer des particularités nationales, administratives et fiscales, afin de maximiser le rendement de l'ensemble.

C'est ainsi que **le groupe de sociétés a aujourd'hui souvent pris la place qui était originellement réservée à la société anonyme.** De fait, le groupe est à nos yeux fréquemment devenu la nouvelle «**technique d'organisation de l'entreprise**»⁽⁴⁾ tant sur le plan international que, dans une moindre mesure, sur le plan national. Il s'est placé au-dessus de la société anonyme à laquelle il s'est substitué tout en l'utilisant. Il est symptomatique à cet égard que le Tribunal fédéral, dans l'arrêt déjà cité de 1984, ait été amené à utiliser le terme de «**gestion consolidée**» pour qualifier la gestion du groupe comme un tout⁽⁵⁾.

Disons d'emblée que **cette évolution n'est pas un mal en soi.** Du point de vue de leur efficacité, de leur résistance économique, les groupes de sociétés présentent au contraire des avantages difficilement contestables. Cela est vrai non seulement pour ceux qui contrôlent le groupe, mais également pour ses créanciers et ses travailleurs et donc pour l'économie en général, tant il est vrai que ceux-ci profitent de la prospérité et de la solidité de l'ensemble.

Si les groupes de sociétés font problème, c'est parce que la distorsion des mécanismes de la société anonyme qu'ils engendrent se prête et donne parfois lieu à des abus, en particulier dans la perspective de l'intérêt poursuivi et de la conservation des patrimoines sociaux. Or, étant donné que les groupes ne sont ni reconnus, ni réglementés en tant que tels, ces abus ne trouvent en général pas de sanction juridique appropriée. Les groupes constituent donc une menace potentielle

⁽⁴⁾ Nous empruntons cette terminologie à PAILLUSSEAU qui l'a utilisée à propos de la société anonyme. Nous pensons que près de vingt ans après, elle décrit parfaitement la fonction du groupe de sociétés. (Voir PAILLUSSEAU Jean, La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise, Thèse de Rennes, Paris. 1967.)

⁽⁵⁾ ATF 110 Ib, pp. 127ss = SJ 1985, pp. 105ss, 108.

pour ceux qui entrent en contact avec eux par l'intermédiaire de l'une ou l'autre des sociétés qui les constituent.

A y regarder de près, le risque d'abus résulte fondamentalement de ce que, dans un groupe de sociétés, ce n'est plus l'intérêt propre de chacune des sociétés membres qui est poursuivi par la direction unique, mais en général l'intérêt du groupe dans son ensemble, ou parfois l'intérêt des personnes qui contrôlent ce dernier (**les «contrôlares»**)⁽⁶⁾.

Or ces intérêts ne coïncident pas nécessairement. L'intérêt des contrôlares est en effet souvent en conflit avec celui de chacune des sociétés du groupe lorsqu'ils cherchent à en extraire le profit maximum. L'intérêt du groupe en tant que tel correspond en revanche généralement à celui de chacune des sociétés groupées, car celles-ci profitent du bien-être du groupe dans son ensemble. Toutefois, en cas de conflit entre l'intérêt du groupe et l'intérêt d'une société membre, la direction unique n'hésitera en principe pas à sacrifier ce dernier. C'est là, croyons-nous, le point crucial: c'est cette non-correspondance des intérêts en présence, couplée avec la prévalence systématique de l'intérêt du groupe (ou de ses contrôlares) qui explique la plupart des abus que l'on reproche aux groupes et la plupart des critiques dont ils font l'objet de manière plus ou moins justifiée.

Ayant perçu cela, la doctrine s'est d'abord intéressée à la protection des actionnaires minoritaires des sociétés de groupe et des solutions satisfaisantes ont

⁽⁶⁾ Selon le terme proposé par CHAMPAUD Claude, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, Bibliothèque de droit commercial, tome 5, Paris, 1962, p. 160 note 2.

été élaborées à cet égard ⁽⁷⁾. Peut-être parce qu'en période de prospérité économique les créanciers sont plus rarement lésés, le problème de leur protection n'a, en revanche, pas été traité de front. La vulnérabilité des créanciers de sociétés de groupe est cependant apparue de manière souvent criante avec la récession économique des années quatre-vingt et son tribut de faillites ⁽⁸⁾. Il n'est pas rare en effet qu'en cas de faillite d'une société appartenant à un groupe, ses créanciers découvrent - ou suspectent - que celle-ci a fait l'objet de transferts de patrimoine dont la justification peut paraître discutable. Il peut s'agir de transferts effectués en faveur de la société mère du groupe et au détriment de ses filiales, mais pas nécessairement. On constate qu'en pratique les transferts interviennent aussi fréquemment entre sociétés soeurs, voire cousines, ou même de la société mère en faveur de ses filiales. Dans son état actuel, notre droit s'avère alors souvent inapte à protéger les créanciers lésés et semble même souvent les laisser dans le plus total dénuement juridique et judiciaire.

L'objet de cette thèse n'est pas de proposer un droit des groupes. Il est de montrer que l'action révocatoire peut, de lege lata déjà, constituer un moyen efficace pour obtenir la restitution des transferts survenus entre sociétés de groupe, quelles

⁽⁷⁾ Voir notamment: PETITPIERRE-SAUVAIN Anne, *Droit des sociétés et groupes de sociétés*, Genève, 1972, deuxième partie, Le droit de retrait de l'actionnaire et le droit de rachat de la majorité, pp. 151-233; DALLEVES Louis, *Problèmes de droit privé relatifs à la coopération et à la concentration des entreprises*, Revue de droit suisse, 1973, vol. II, pp. 645-667; RUEDIN Roland, *Vers un droit des groupes de sociétés?*, Revue de droit suisse, 1980, vol. II, pp. 171-260; ZWEIFEL Martin, *Fragen des Minderheitenschutzes in einem schweizerischen Konzernrecht*, SAG, 1978, pp. 91ss; RUEDIN Roland, *Propositions pour un droit suisse des groupes de sociétés*, SAG, 1982, N° 3, pp. 107, 108, 110; OETZEK Selcuk, *La protection des actionnaires externes dans les groupes de sociétés dirigés par une société holding*, Etude de droit français avec référence au droit suisse et au droit turc, Thèse de Lausanne, 1982; ROUSSEAU Louis, *Groupes de sociétés et actionnaires externes*, Thèse de Poitiers, 1972; BEJOT Michel, *La protection des actionnaires externes dans les groupes de sociétés en France et en Allemagne*, Bruxelles, 1976; RODIERES René, *La protection des minorités dans les groupes de sociétés*, Revue des Sociétés, 1970, pp. 243ss. Certaines des solutions proposées par la doctrine ont d'ailleurs été retenues par les auteurs du projet de révision du droit des sociétés anonymes de 1983. On lit en effet dans le message qui accompagne le projet (p. 261) : «132.3. Renforcement de la protection des actionnaires. Le projet s'attache tout particulièrement à développer la protection des actionnaires. On ne renforce pas la protection des minorités en établissant des grands principes, mais en améliorant l'information, en assouplissant les restrictions à la transmissibilité des actions, en protégeant le droit préférentiel de souscription, en facilitant l'exercice du droit d'intenter action et en prenant d'autres mesures concrètes.» (Message concernant la révision du droit des sociétés anonymes du 23 février 1983, p. 26s, 98ss) .

⁽⁸⁾ Voir à ce propos les données fournies par l'Office fédéral des statistiques, selon lesquelles il y a eu en Suisse le nombre suivant de faillites, respectivement: 3004 en 1977, 2913 en 1978, 3069 en 1979, 3080 en 1980, 3040 en 1981, puis 3488 en 1982, 3935 en 1983, 3995 en 1984, 4298 en 1985 et environ 4600 en 1986. L'analyse de ces données faite en 1987 par la société Creditreform fait apparaître que l'augmentation des faillites a été relativement constante depuis 1981, aussi bien en valeur absolue (voir les chiffres ci-dessus) qu'en valeur relative, c'est-à-dire en pondérant l'augmentation des faillites par celle de la constitution de sociétés durant la même période. Creditreform rapporte en effet les pourcentages suivants: 1,23 en 1977; 1,18 en 1978; 1,22 en 1979; 1,20 en 1980; 1,16 en 1981; puis 1,30 en 1982; 1,39 en 1983; 1,41 en 1984; 1,48 en 1985 et 1,54 en 1986.

qu'elles soient, dans la mesure où ces transferts sont injustifiés. Empressons-nous de préciser que l'action révocatoire n'est que l'un (parmi d'autres) des moyens qui permettent de lutter, sous différents angles, contre les abus qui peuvent être engendrés par l'état de groupe. Nous pensons ici en particulier à l'action en responsabilité des administrateurs – de droit ou de fait –, au «Durchgriff» et, dans des ordres juridiques voisins, à l'extension de la faillite ⁽⁹⁾ et à la subordination des créances internes ⁽¹⁰⁾.

A notre avis, l'ensemble de ces moyens de droit classique, moyennant peut-être quelques aménagements, peut constituer un faisceau de dispositions aptes à sanctionner la plupart des abus que l'on reproche aux groupes, rendant ainsi inutile un véritable droit des groupes sur le modèle allemand. L'intention de cette thèse est, dans cette perspective, d'étudier limitativement l'un de ces moyens, peut-être le plus polyvalent d'entre eux: l'action révocatoire, ainsi que partiellement l'action en restitution des dividendes, car celle-ci est intimement liée à celle-là s'agissant de sociétés anonymes.

Dans une perspective pratique, notre sujet est traité essentiellement de *lege lata*. Il comporte toutefois une brève partie de *lege ferenda*, dont nous souhaitons qu'elle sera prise en considération dans le cadre de la révision en cours de la LP.

Cette thèse contient également une présentation de l'application de l'action révocatoire aux groupes dans d'autres ordres juridiques, et en particulier aux Etats-Unis. Cette option de droit comparé n'est pas gratuite. Elle se justifie par le fait que le droit américain, qui est plus prompt à s'adapter aux phénomènes juridiques nouveaux, a développé aujourd'hui déjà un corps de règles en matière d'action révocatoire là où le droit suisse est encore démuné. Il fournit donc matière à réflexion de *lege ferenda* sur les améliorations qui pourraient être apportées en droit suisse. Sa jurisprudence illustre par ailleurs comment l'action révocatoire peut être efficacement appliquée de *lege lata* aux groupes dans un système juridique qui, en la matière, connaît des règles très analogues aux nôtres. Dans la même perspective nous exposerons brièvement les solutions proposées par les droits allemand et italien.

Notre étude est ainsi classique, en ce sens qu'elle se fonde sur un instrument déjà amplement connu et pratiqué en droit suisse. Elle est en revanche innovatrice par les

⁽⁹⁾ Voir à ce propos en particulier les articles 99 et 101 de la loi française du 12 juillet 1967; en Italie, art. 2362 du Code civil; en Belgique, voir T'Kint, note sur l'extension de la faillite, revue critique de jurisprudence belge, 1981, vol. I, pp. 52ss.

⁽¹⁰⁾ Voir à ce propos *infra*, II^{ème} partie, chapitre II, pp. 205 à 211.

développements qu'elle propose de donner à l'action révocatoire en se basant sur l'interprétation des normes existantes. Nous pensons en effet que l'utilisation judicieuse de ces normes peut permettre de franchir un pas important sur la voie d'une meilleure protection des créanciers de sociétés de groupes.

I^{ÈRE} PARTIE

BUT ET PORTÉE DE LA DISCUSSION

CHAPITRE I : LE PROBLÈME

§ 1. Les intérêts en présence

Le groupe de sociétés est communément défini comme une pluralité de sociétés réunies sous une direction unique ⁽¹¹⁾. Cette définition est certainement trop schématique. Elle met cependant en évidence ce que l'on admet généralement être les deux éléments constitutifs fondamentaux d'un groupe de sociétés. D'une part une direction unique, soit un organe décisionnel unique (plus ou moins centralisé, plus ou moins autoritaire). D'autre part une pluralité de sociétés administrées par cette direction unique comme une seule entité économique, en faisant abstraction de leur cloisonnement juridique ⁽¹²⁾.

Cet état de fait, cette gestion économiquement unitaire de plusieurs entités juridiquement distinctes, engendre de fréquents transferts de patrimoine d'une société du groupe à l'autre, en fonction des besoins et de la volonté de la direction unique.

Le plus souvent ces transferts servent l'intérêt du groupe en tant que tel. Or cet intérêt équivaut généralement à celui de chacune des sociétés qui composent le groupe en question, car toutes profitent de la prospérité et de la puissance de l'ensemble. Ce type de gestion consolidée ⁽¹³⁾ a été parfois comparé à une application comptable et financière du principe des «vases communicants»⁽¹⁴⁾. Tantôt la direction unique cherche à renflouer une société du groupe qui se trouve en difficulté, tantôt elle lui accorde un crédit à un taux plus favorable que celui du marché, tantôt elle fait apparaître un bénéfice en un lieu fiscalement avantageux, tantôt elle finance un investissement, telle une activité de recherche, alors qu'elle ne sait pas encore quelle société du groupe profitera de ses résultats. Si telle société voit aujourd'hui diminuer son actif net en faveur d'une autre société du groupe, elle sait qu'elle

⁽¹¹⁾ Telle est la définition retenue notamment par: DALLEVES Louis, op. cit. note (7), p. 576; RUEDIN Roland, op. cit. note (7) et références citées; VAN OMMESLAGHE Pierre, Les groupes de sociétés et les sociétés multinationales en droit belge, Luxembourg, Institut Universitaire International, non daté, p. 444 et références citées; PETITPIERRE-SAUVAIN Anne, op. cit. note (7), pp. lss et 35ss. Voir aussi les références citées infra, notes (40) et (41).

⁽¹²⁾ Voir CHAMPAUD Claude, Le pouvoir de concentration de la société par action, Paris, 1962, p. 238: «Le groupe se manifeste par l'unité de contrôle des patrimoines des sociétés groupées».

⁽¹³⁾ Voir ATF précité note (3) = SJ 1985, p. 108.

⁽¹⁴⁾ Voir infra, pp. 51ss.

bénéficiera – ou qu'elle a déjà bénéficié – du même traitement. Ainsi les transferts intra-groupes sont le plus souvent effectués dans l'intérêt de toutes les parties concernées, en toute bonne foi et sans velléité abusive de la part de la direction unique.

Mais il arrive aussi que les particularités du groupe soient utilisées de manière moins avouables. Ses caractéristiques peuvent en effet aussi permettre de drainer plus ou moins systématiquement le patrimoine des sociétés groupées. L'intérêt recherché n'est plus alors celui du groupe en tant que tel, mais celui de ses contrôleurs⁽¹⁵⁾, souvent des personnes physiques, qui recourent à sa structure pour se procurer de plus grands profits à de moindres risques. C'est ce second type de gestion, que nous appellerons **principe du «siphon»**, qui présente le plus de dangers pour les personnes qui entrent en relation avec l'un ou l'autre des membres du groupe⁽¹⁶⁾. Il ne faut pas en déduire cependant trop hâtivement que ce deuxième mode de gestion soit nécessairement abusif ou illicite. Il est en effet de la nature même des sociétés commerciales de distribuer leurs profits à leurs associés. Il n'est dit nulle part que ces profits doivent rester au sein du groupe et servir en priorité à soutenir ou à financer les sociétés qui le constituent.

L'on peut ainsi, très schématiquement, diviser les groupes en **deux catégories**. L'on trouve, d'une part, les groupes qui justifient les transferts de ressources ou de patrimoine qu'ils opèrent en leur sein **par l'intérêt du groupe**, que ces transferts soient apparents (par exemple un prêt sans intérêts accordé à une société soeur) ou occultes (par exemple la surfacturation de services). Ces transferts sont a priori contraires à notre droit, car celui-ci ne reconnaît pas le concept d'intérêt de groupe et ne peut donc en principe pas admettre que ce dernier permette de justifier les transferts en question. En deuxième analyse toutefois, il apparaît souvent que ces groupes offrent, à terme et souvent indirectement, une contreprestation de valeur équivalente au membre du groupe qui a subi le transfert considéré. Dans ce premier cas le problème est ainsi de savoir si un transfert, apparemment dommageable et donc injustifié pour la société qui en fait l'objet, n'est pas en réalité équilibré et donc justifié, c'est-à-dire licite. En d'autres termes, si l'intérêt du groupe correspond dans le cas particulier à l'intérêt propre du membre du groupe considéré. Cette première question est particulièrement complexe. Elle est en permanence sous-jacente sitôt que l'on aborde le domaine des groupes de sociétés.

L'on trouve, d'autre part, les groupes qui opèrent des transferts **dans l'intérêt de leurs contrôleurs**. Là aussi ces transferts peuvent être effectués de manière apparente (par exemple sous forme de prise en charge de certaines dépenses des contrôleurs) ou occulte (par exemple sous forme de surfacturation de services ou de distribution cachée de dividendes). Etant admis que ces transferts ne peuvent se prévaloir de l'intérêt du groupe, ni de celui de la société qui les subit (puisque les

⁽¹⁵⁾ Pour reprendre la terminologie de CHAMPAUD Claude, op. cit. note (12), p. 160 note (2).

⁽¹⁶⁾ Voir infra, pp. 54ss.

montants transférés quittent le groupe et donc l'appauvrissent), le problème est alors de savoir si les transferts considérés sont ou non licites. Cette seconde question est, elle aussi, complexe et permanente dans le domaine des groupes. Pour les transferts à titre gratuit elle soulève le problème de savoir dans quelle mesure le patrimoine du groupe (des sociétés qui le composent) peut être prélevé par ses contrôleurs. Pour les transferts à titre onéreux, elle soulève de délicats problèmes d'évaluation de la valeur des prestations, mais aussi des problèmes comptables et des problèmes de preuve des transferts qui croissent avec la complication du groupe.

Ce tableau étant brossé, nous ajouterons qu'à l'évidence les groupes relèvent rarement exclusivement d'une seule des deux catégories que nous venons de décrire de manière délibérément schématique. La réalité n'est jamais aussi tranchée. En vérité, on rencontre en général dans tous les groupes certaines opérations qui peuvent être justifiées par l'intérêt propre de chacun de ses membres pris individuellement, d'autres par l'intérêt du groupe et d'autres encore par l'intérêt des contrôleurs du groupe, toutes les combinaisons étant par ailleurs possibles.

Il y a ainsi en définitive trois types d'intérêts, dont chacun peut se confondre – mais ne se confond pas nécessairement – avec l'un des autres, voire avec les deux autres:

- l'intérêt du groupe en tant que tel;
- l'intérêt individuel de chacune des sociétés qui composent le groupe;
- l'intérêt des personnes qui contrôlent le groupe (les contrôleurs).

§ 2. Trois exemples

Les différents problèmes que nous venons d'évoquer se juxtaposent donc, et parfois se superposent. Prenons à cet égard trois exemples qui mettent en relief les principales hypothèses possibles.

1° Un transfert entre deux sociétés soeurs : un exemple théorique :

Les sociétés F¹ et F² sont toutes deux des filiales à 100% de la société mère M. F¹ est aujourd'hui en faillite, mais pas F². Avant la faillite de F¹, la direction du groupe avait décidé la vente par F¹ à F² d'un brevet pour le prix de Fr. 100'000.—. La valeur du brevet était en réalité d'environ Fr. 300'000.—; le transfert occulte s'élevait en conséquence à environ Fr. 200'000.—. Dans la perspective de l'action révocatoire l'on doit successivement: tout d'abord démontrer et chiffrer le transfert; puis démontrer que ce dernier n'était pas justifié par l'intérêt du groupe, ou, s'il l'était, qu'il ne correspondait pas à l'intérêt de F¹. Pour ce faire il faudra, par hypothèse, renverser les allégations de la direction du groupe qui prétend que F² était en difficulté

financière, que l'activité de F¹ dépendait de la survie de F² et que donc l'intérêt de F¹ passait par celui de F².

2° Un transfert effectué par une filiale en faveur de sa société mère : l'ATF société K :

L'ATF II0 (1984) Ib, pages 127ss a été rendu à la suite d'une contestation concernant le prélèvement de l'impôt anticipé sur des transferts effectués de façon «occulte» par une filiale en faveur de la société mère du groupe considéré. Le créancier lésé n'était donc pas un créancier externe ordinaire, mais un créancier d'une espèce particulière: le fisc. Il est toutefois intéressant de résumer ici l'arrêt en question qui fournit un exemple typique de transfert dissimulé de patrimoine sans contre-prestation, dans la plus pure application du «principe du siphon». Si la filiale victime du transfert était tombée en faillite à la suite de celui-ci, ses créanciers (la masse en faillite de la filiale) auraient en effet pu tenter une action révocatoire qui aurait correspondu à un véritable cas d'école dans le contexte des groupes de sociétés.

La société fribourgeoise K est une sous-filiale (filiale d'une filiale) de la société américaine KI. K et K I appartiennent au groupe K. En 1974 la société K a réalisé un bénéfice brut de Frs. 55'561'360.—. En 1975 la société K paya Fr. 50'285'411. — à K I. Pour «justifier» ce paiement, elle passa une charge dans ses comptes 1975 avec pour mention «ajustement 1974». L'administration fédérale des contributions (service de l'impôt anticipé) demanda des explications. La société K répondit qu'elle «avait reçu l'ordre» (de la part de la direction unique du groupe K) de transférer la somme en question à K I «car il s'agissait d'un profit exceptionnel réalisé en 1974 dans des opérations où la société K n'était qu'un maillon de la chaîne et qui avaient pris naissance chez K I». La société K expliqua de surcroît «avoir agi en son propre nom mais pour le compte de la société mère K I et que le transfert considéré était autorisé par un prétendu «usage commercial» en vigueur dans les «groupes internationaux». L'administration fédérale concernée n'accepta pas cette argumentation et — dans sa perspective propre — préleva l'impôt anticipé sur ce qui était en réalité une distribution cachée de bénéfices (soit, dans l'optique de cette thèse, un transfert pur et simple de patrimoine) au détriment de la filiale K. Le Tribunal fédéral rejeta le recours de la société K dans un arrêt extrêmement intéressant à l'occasion duquel il se penche d'une manière générale sur la pratique des transferts au sein des groupes internationaux et sur le caractère autorisé ou non de ceux-ci.

3° Un transfert de la société mère en faveur d'une filiale (et de tiers) : le cas Hoffmann-La Roche / Seveso:

En 1977, une grave fuite de dioxine se produisit accidentellement dans une usine de la commune de Seveso. La population fut provisoirement évacuée et l'usine

définitivement fermée. Des poursuites judiciaires furent entreprises par les lésés (population, communes, régions) par lesquelles il fut réclamé au propriétaire de l'usine des dommages-intérêts pour plusieurs centaines de millions de francs suisses. Le propriétaire de l'usine était une petite société anonyme italienne: ICMESA SpA. ICMESA SpA était une filiale de la société genevoise GIVAUDAN SA, elle-même notoirement filiale de F. HOFFMANN-LA ROCHE et CIE SA à Bâle^(16.1). ICMESA SpA reconnut sa responsabilité, du moins objective. Elle s'avéra par contre dès le premier jour incapable de payer les énormes dommages-intérêts qui lui étaient réclamés, ceux-ci étant sans aucune mesure avec sa surface financière. Elle fut d'ailleurs également rapidement incapable de régler ses charges courantes, étant donné que la fermeture de l'usine de Seveso avait entraîné le tarissement de sa seule source de revenus.

Pendant plusieurs années, ICMESA SpA échappa à la faillite parce que le «groupe HOFFMANN-LA ROCHE» régla toutes ses charges. Les procédures dirigées contre les différents membres du groupe furent finalement retirées à la suite de transactions par lesquelles le «groupe HOFFMANN-LA ROCHE» accepta de payer aux lésés des sommes très importantes. Or aucune obligation juridique positivement établie ne justifiait ces différents paiements⁽¹⁷⁾. Les motivations du groupe semblent plutôt à rechercher dans sa volonté de préserver son image de marque, ainsi que dans la conviction d'une certaine responsabilité morale. La particularité de cet exemple est qu'il illustre un cas de transfert effectué par la société mère du groupe en faveur d'une de ses filiales.

Dans la perspective de cette thèse il est intéressant de se demander ce qui se serait passé si, par pure hypothèse de raisonnement, F. HOFFMANN-LA ROCHE et CIE SA et GIVAUDAN SA étaient tombées en faillite dans les quelques années qui suivirent ces paiements. Les créanciers de ces deux sociétés auraient-ils disposé d'une action révocatoire en restitution des sommes considérables qui ont servi à dédommager les prétendues victimes de Seveso? Et, dans l'affirmative, contre qui? Peut-être contre ICMESA SpA, dont les dettes furent prises en charge par d'autres membres du groupe, mais pourquoi pas aussi, à la limite, contre tous ceux qui ont bénéficié en toute connaissance de cause de paiements opérés grâce aux fortunes sociales respectives de F. HOFFMANN-LA ROCHE et CIE SA et de GIVAUDAN SA (c'est-à-dire en particulier les communautés publiques italiennes de Seveso et de ses environs)?

^(16.1) Ces deux dernières sociétés furent d'ailleurs également actionnées en justice par les lésés, motifs pris, entre autres, qu'elles répondaient du dommage en tant que propriétaires économiques de l'usine.

⁽¹⁷⁾ Il y avait certes des arguments en droit italien, voire éventuellement en droit suisse, pour prétendre que cette obligation existait. Mais la question se discutait pour le moins et en tous les cas la dette n'était ni certaine, ni établie.

§ 3. La vulnérabilité des créanciers et les moyens de leur protection

Aussi longtemps qu'une société paye ses dettes, les transferts de patrimoine qu'elle effectue ne regardent normalement que ses actionnaires. A ce stade déjà pourtant, on peut considérer que les créanciers sont menacés, voire lésés. En effet, la fortune sociale de leur débiteur constitue en principe leur seule garantie. Toute atteinte à ce patrimoine diminue leur garantie, donc augmente leur risque et les lèse, du moins virtuellement⁽¹⁸⁾. C'est là un fait, malgré la fiction entretenue par notre droit selon laquelle un créancier est présumé n'être pas lésé aussi longtemps que son débiteur n'a pas été formellement déclaré en faillite. Hormis des garanties contractuelles, qu'il ne sera en général pas à même d'obtenir⁽¹⁹⁾, le créancier d'une société de groupe ne peut ainsi rien faire pour se protéger contre le risque que le patrimoine ou la profitabilité de son débiteur soient sacrifiés en faveur d'autres membres du groupe. Ce n'est qu'à partir du moment où ce débiteur ne paye plus ses dettes que le créancier aura voix au chapitre.

Mais il est alors en général déjà trop tard. L'effort de protection des créanciers de sociétés de groupe doit donc porter sur plusieurs fronts, en tenant compte de la réalité des groupes et de leur spécificité. Il faut tout d'abord définir plus clairement dans quelle mesure et à quelles conditions il peut être porté atteinte au patrimoine des membres du groupe. Il faut améliorer ensuite la transparence, c'est-à-dire l'accès à l'information et sa diffusion afin de donner aux créanciers les moyens de connaître l'existence des transferts et de les contrôler. Cette tâche a d'ailleurs été reconnue par les auteurs du projet de révision du droit des sociétés anonymes du 23 février 1983.

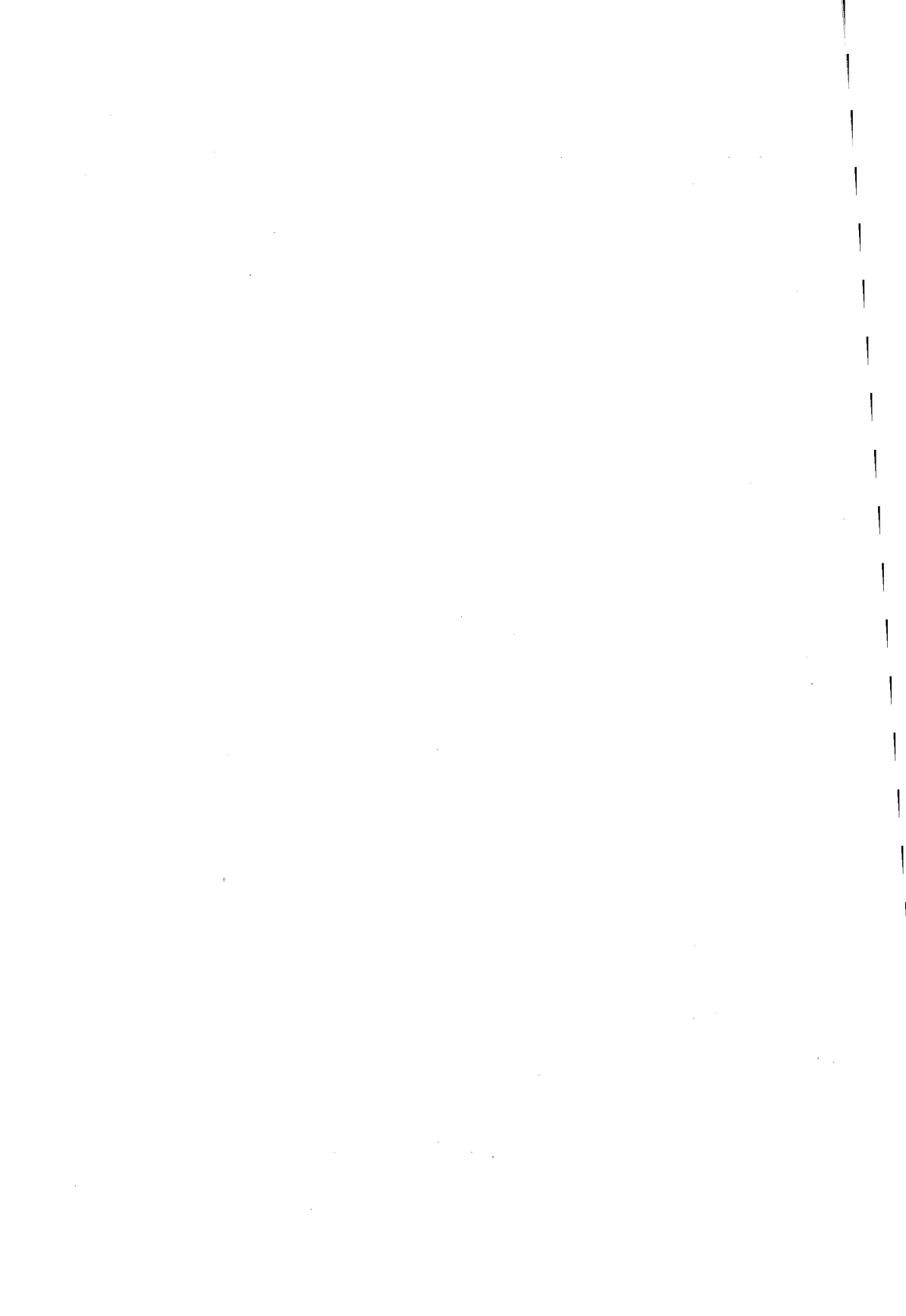
⁽¹⁸⁾ Ce risque représente en effet la probabilité que les créanciers soient lésés. Voir LATTY Elvin, *Subsidiaries and Affiliated Corporations, A Study in Stockholders' Liability*, Thèse, Chicago, 1936, p. 139.

⁽¹⁹⁾ Mis à part le cas particulier des banques, les créanciers ne se trouvent en général pas en position de négocier des garanties contractuelles leur assurant le remboursement de leur créance. Cette hypothèse existe toutefois. Un créancier peut, par exemple, chercher à être garanti par une autre société du groupe, ou convenir de limites contractuelles à l'endettement de son débiteur, exiger une capitalisation minimum, voire obtenir des limites aux dividendes que le débiteur pourra verser à ses actionnaires. Un accent particulier a été mis sur l'importance de ces moyens contractuels de protection des créanciers par POSNER Richard A., *The Rights of Creditors of Affiliated Corporations*, *The University of Chicago Law Review*, 1976, vol. 43, pp. 499ss, en particulier 503-505. Le point de vue de POSNER ne saurait être lu sans l'article de LANDERS qui l'a suscité (LANDERS Jonathan M., *A Unified Approach to Parent, Subsidiary, and Affiliate Questions in Bankruptcy*, *The University of Chicago Law Review*, 1975, vol. 42, pp. 589ss), ni sans la critique sévère à laquelle il a donné lieu par le même LANDERS (*Another Word on Parent, Subsidiary, and Affiliates in Bankruptcy*, *The University of Chicago Law Review*, 1976, vol. 43, pp. 527ss).

Elle en a même constitué l'une des préoccupations prioritaires ⁽²⁰⁾. Il faut corollairement créer des normes comptables dignes de ce nom. Le projet du 23 février 1983 fait également un premier pas dans ce sens ⁽²¹⁾. Il faut enfin offrir aux créanciers qui suspectent des transferts injustifiés au sein (ou vers l'extérieur) du groupe une base légale à l'action en restitution qu'ils seront, le cas échéant, amenés à intenter. C'est à cette dernière tâche que nous nous sommes attelés en choisissant, parmi d'autres moyens de droit, l'action révocatoire.

⁽²⁰⁾ Voir le message concernant la révision du droit des sociétés anonymes du 23 février 1983, p. 2: «La transparence est, de manière générale, améliorée. Le développement de l'information quant à la fortune et au rendement de la société est placé au premier plan». Voir également pp. 25 et 26: «132.2. Augmentation de la transparence. L'amélioration de l'information et l'élargissement de la publicité sont des réformes importantes réclamées depuis longtemps. Au centre de celles-ci figurent les nombreuses dispositions visant à augmenter la qualité de l'information contenue dans les comptes annuels et le rapport de gestion: indication des chiffres de l'exercice précédent, inscription dans la loi des principes régissant l'établissement régulier des comptes (art. 662a), normes sur le contenu minimum du compte de profits et pertes (art. 663) et du bilan (art. 663a), obligation de fournir d'autres indications dans l'annexe (art. 663b), obligation d'établir des comptes de groupe (art. 663d), restrictions à la constitution de réserves latentes et communication de leur dissolution (art. 669 et 663b, ch. 8). Un point d'importance est l'instauration d'un devoir général de communication imposé aux sociétés qui font appel au public et aux grandes sociétés: les sociétés débitrices d'un emprunt par obligations ou celles dont les actions sont cotées en bourse et celles qui, eu égard au total de leur bilan, à leur chiffre d'affaires ou à l'effectif de leur personnel, doivent être considérées comme de grandes sociétés, sont tenues de publier dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC) ou de remettre à tout intéressé les comptes annuels, les comptes de groupe et les rapports des réviseurs (art. 697h, 1^{er} al.). De même, dans les sociétés de moyenne et de petite taille, le droit à l'information des actionnaires est renforcé. Le projet leur accorde en effet le droit de se faire délivrer le rapport annuel (comptes annuels et rapport de gestion, comptes de groupe) et le rapport des réviseurs (art. 696, 1^{er} al.). Le droit de consultation reconnu aux créanciers est aussi renforcé: tout créancier qui a un intérêt digne de protection peut exiger en justice de pouvoir consulter ces pièces (art. 697h, 2^e al.). De nouvelles obligations en matière d'information sont introduites aux chapitres concernant les fondations qualifiées et les augmentations du capital (art. 635, 652e et 653h)».

⁽²¹⁾ Voir le message concernant la révision du droit des sociétés anonymes du 23 février 1983, en particulier n° 209, pp. 69 à 84.



CHAPITRE II: LA THÈSE ET LE PLAN

SECTION I: LA THÈSE

Il se produit de fréquents transferts de patrimoine ou de ressources au sein des groupes de sociétés. Ceux-ci sont effectués aussi bien par les filiales en faveur de leur société mère que vice-versa, ou que par les filiales entre elles. Ceci s'explique par le fait que ses dirigeants (la direction unique) gèrent en général le groupe comme une unité économique, en faisant abstraction du cloisonnement juridique qui devrait garantir l'intégrité du patrimoine des sociétés qui le composent. Parmi ces transferts certains sont justifiés et licites, d'autres sont injustifiés et parfois illicites.

Notre thèse est que, parmi les transferts injustifiés, nombreux sont ceux qui sont susceptibles d'être annulés, soit par le biais de l'action révocatoire, soit, dans certains cas, par la voie de l'action en restitution des dividendes injustifiés.

L'action révocatoire est en effet typiquement destinée à obtenir l'annulation⁽²²⁾ des transferts auxquels l'actuel insolvable a procédé, avant de devenir insolvable, au préjudice de ses créanciers en favorisant indûment des tiers, en général des proches. Elle semble donc particulièrement appropriée pour servir de base légale à l'action en restitution des transferts abusifs de patrimoine dont les créanciers de sociétés de groupe sont souvent les victimes inconscientes ou impuissantes. Il en est ainsi, quelle que soit la position de la société considérée dans la structure du groupe, c'est-à-dire aussi bien si celle-ci est «filiale» que «société mère», «holding», «sub-holding», «société soeur» ou «cousine».

L'action en restitution des dividendes injustifiés vise, quant à elle, à obtenir la restitution d'un autre type de transferts. Elle ne tend pas, comme l'action révocatoire, à obtenir l'annulation de transferts constituant prétendument la contrepartie

⁽²²⁾ Bien que la question soit encore controversée, il semble que l'on doive admettre que l'action révocatoire n'a pas pour conséquence l'annulation de l'acte attaqué, mais qu'elle rend seulement cet acte inopposable aux créanciers de l'insolvable. Pour de plus amples développements sur la question, voir *infra*, p. 78s.

d'une prestation effectivement reçue. Elle tend à obtenir la restitution de sommes qui ont été transférées gratuitement, à titre de versement de dividendes (éventuellement «cachés»), par une société (par hypothèse anonyme)⁽²³⁾ sans que les conditions formelles ou matérielles pour ce faire ne fussent réalisées.

Malgré leur éloignement apparent, l'action révocatoire et l'action en restitution des dividendes s'avèrent très proches dans la perspective des transferts intervenant au sein des groupes de sociétés. Leur logique et leur motivation sont en effet identiques: empêcher qu'une société ne mette en danger ses créanciers en s'appauvrissant alors que sa situation financière est précaire. Nous pensons même qu'il est des situations où le concours entre ces deux actions est possible. Nous croyons, en d'autres termes, qu'il existe des transferts qui peuvent être annulés à la fois sur la base de l'action révocatoire **et** sur la base de l'action en restitution de dividendes. Au demandeur dès lors de choisir en fonction des particularités, singulièrement procédurales, de chaque action.

La présente thèse suggère donc de quelle manière, à notre avis, ces deux moyens de droit peuvent être interprétés et utilisés de lege lata pour permettre d'ores et déjà de sanctionner les transferts qui se produisent dans le cadre des groupes de sociétés dans la mesure où ils sont injustifiés.

Nous pensons par ailleurs que l'action révocatoire pourrait être facilement et utilement améliorée de lege ferenda afin de fournir une protection plus efficace et plus adaptée aux caractéristiques des groupes de sociétés et nous proposons des améliorations dans ce sens.

SECTION II: LE PLAN

Vu la complexité et l'étendue des problèmes soulevés par les groupes de sociétés, nous croyons utile, avant de commencer notre analyse, d'en exposer clairement **les limites** [I^{ère} PARTIE, CHAPITRE III (p. 35ss)]. Ces limites tiennent tout d'abord à la définition du groupe (Section I). Notre approche nous épargne, à dessein, la tâche

⁽²³⁾ L'action en restitution de dividendes suppose, par définition, la présence d'une société anonyme. La plupart des groupes sont constitués entièrement, ou presque entièrement, de ce type de société. Voir notamment PETITPIERRE-SAUVAIN Anne, op. cit. note (7), p. 35; DALLEVES Louis, op. cit. note (7), p. 638: «La pratique montre que, dans la très grande majorité des cas, les groupes de sociétés sont formés de sociétés anonymes»; RUEDIN Roland, Propositions pour un droit suisse des groupes de sociétés, SAG, 1982, no 3, pp. 99ss, 100 et 105 no 6.1.1-1.

très délicate de devoir proposer une définition juridique du groupe. Nous exposerons cependant la conception qui a été la nôtre dans le cadre de ce travail, compte tenu du problème en présence, de notre but et de la portée des actions que nous examinons. Les limites de ce travail tiennent ensuite aux multiples réalités que recouvre le concept de groupe (Section II). Celui-ci peut en effet comprendre des situations extrêmement variées.

Les limites de notre analyse tiennent également à la situation financière des sociétés que nous considérons (Section III). Nous nous intéressons en effet avant tout à la protection des créanciers de sociétés insolvables ou surendettées. Cela nous amènera à nous pencher sur la définition de ces concepts et sur les rapports qui existent entre ceux-ci et les transferts de patrimoine envisagés, ou entre ces transferts et les actions révocatoires et en restitution de dividendes.

Notre analyse est enfin limitée par le fait que **nous ne traitons pas les questions de droit international privé** qui surgissent presque inmanquablement dès que l'on a affaire à un groupe de sociétés. Nous renvoyons à ce propos à la doctrine qui s'est déjà penchée spécifiquement sur la question ^(23.1).

Notre DEUXIEME PARTIE (p. 67 ss) sera consacrée à l'analyse détaillée de la **portée de lege lata des différents cas d'action révocatoire** dans les groupes de sociétés. Après une description générale de l'instrument (CHAPITRE I), nous examinerons d'abord la situation en droit positif, en Suisse (CHAPITRE II, A), aux Etats-Unis (CHAPITRE II, B) ainsi que brièvement en Allemagne fédérale et en Italie (CHAPITRE II, C).

Notre TROISIEME PARTIE (p. 221 ss) traitera des **rapports entre l'action révocatoire et l'action en restitution de dividendes**. Ce délicat problème fait l'objet d'une controverse en doctrine américaine (CHAPITRE II), dont nous nous inspirerons pour examiner le problème en droit suisse (CHAPITRE III) où il n'a pas encore été traité. Nous nous pencherons enfin dans une QUATRIEME PARTIE (p.249 ss) sur les **perspectives d'amélioration de l'action révocatoire dans les groupes de lege ferenda** et examinerons à cette occasion les propositions de la doctrine suisse visant à introduire dans la LP une «Konzern-Pauliana».

^(23.1) Voir en particulier: Colloque international sur le droit international privé des groupes de sociétés, Etudes suisses de droit européen, vol. 14, Centre d'études juridiques européennes, Georg, Genève, 1973; ROHR Andreas, Der Konzern im IPR unter besonderer Berücksichtigung des Schutzes der Minderheitsaktionäre und der Gläubiger, Etudes suisses de droit international, vol. 32, Schulthess, Zürich, 1983; DOKA Carl, Das internationalrechtliche Problem der Actio Pauliana, ZSR, 1945 pp. 331ss; HANISCH Hans, Aktuelle Probleme des internationalen Insolvenzrechts, Schweizerischen Jahrbuch für internationales Recht, Bd. 36, 1980, pp. 109ss, 131 à 134; IMMENGA Ulrich et KLOCKE Detlef, Konzernkollisionsrecht, ZSR 1973, I, pp. 27ss. Voir aussi l'article 166 al. 2 et 3 du Projet de Loi fédérale sur le droit international privé suisse qui traite expressément de l'action révocatoire en cas de faillite et de la capacité pour agir en Suisse de l'administration de la masse en faillite d'une société étrangère.

CHAPITRE III: LA PORTÉE ET LES LIMITES DE L'ANALYSE

SECTION I: DÉFINITION DU GROUPE

§ 1. Nécessité d'une définition?

Le problème de la définition juridique du concept de groupe de sociétés est particulièrement délicat. Problème en principe préliminaire à toute législation visant à réglementer d'une façon ou d'une autre les groupes, il en constitue souvent la pierre d'achoppement du fait des controverses qu'il soulève inmanquablement.

Ce que l'on appelle communément «groupe de sociétés» recouvre de fait une réalité aussi vaste que disparate. Il en est en effet de plus ou moins centralisés⁽²⁴⁾, des verticaux⁽²⁵⁾ et des horizontaux⁽²⁶⁾, des sociétaires et des contractuels⁽²⁷⁾, des mono et des bicéphales⁽²⁸⁾, des groupes de coordination et de subordination⁽²⁹⁾, des groupes

⁽²⁴⁾ PETITPIERRE-SAUVAIN Anne, op. cit. note (7), pp. 9ss, et infra, pp. 46ss.

⁽²⁵⁾ KNITZKI, Groupes de sociétés, Luxembourg, non daté, p. 252.

⁽²⁶⁾ RAPPORT INTERIMAIRE du Président et du Secrétaire du Groupe de travail pour l'examen du droit des SA, 1972, p. 219 n° 199; 7^e DIRECTIVE CEE, exposé des motifs, Bulletin CEE 9/76, p. 22; COUSTE II, Florence, p. 307; PAILLUSSEAU Jean, Rapport, in: La filiale commune, Paris, 1975, pp. 31 et 39; WURDINGER H., Doc. CEE 18/70, pp. 4-5; CHAMPAUD Claude, Les méthodes de groupement des sociétés, in: Revue trimestrielle de droit commercial, 1967, pp. 1003ss, 1016 note 1.

⁽²⁷⁾ CHAMPAUD Claude, op. cit. note (26), pp. 1004ss; DALLEVES Louis, op. cit. note (7), pp. 581ss, 589; RUEDIN Roland, op. cit. note (7), pp. 158ss, 228ss; BLAISE Jean-Bernard, Groupes de sociétés, Luxembourg, non daté, pp. 13 à 23; IMMENGA Ulrich, Groupes de sociétés, Luxembourg, non daté, pp. 138ss.

⁽²⁸⁾ DALLEVES Louis, op. cit. note (7), p. 595, cite l'exemple fameux du groupe bicéphal UNILEVER.

⁽²⁹⁾ DALLEVES Louis, op. cit. note (7), pp. 582, 589ss, 592s; RUEDIN Roland, op. cit. note (7), pp. 158ss; LUTTER Markus, Le droit des Konzern en RFA s'est-il imposé dans les faits?, Droit et Pratique du Commerce International, 1916, p. 307; FICKER, Groupes de sociétés, Luxembourg, non daté, pp. 58ss, 63ss.

ouverts ou fermés⁽³⁰⁾, industriels, financiers ou personnels⁽³¹⁾, avec des cas limites tels que les «conglomérats»⁽³²⁾ et les «filiales communes»⁽³³⁾. En fait, les groupes représentent des réalités tellement diverses qu'ils ne semblent pas devoir se laisser enfermer dans une définition commune. C'est ce qui explique probablement l'abondance extraordinaire de doctrine consacrée à la recherche d'une définition du groupe. Cela est vrai non seulement en Suisse⁽³⁴⁾, mais aussi dans le reste de l'Europe⁽³⁵⁾.

Parmi les nombreux auteurs qui ont étudié la question, certains sont d'ailleurs parvenus à la conclusion qu'une définition du groupe est impossible. Ainsi sous le titre «la vaine recherche d'une définition du groupe en droit français» BEZARD, DABIN, ECHARD, JABAUD et SAYAG déclarent-ils:

⁽³⁰⁾ PAILLUSSEAU Jean, op. cit. note (26), p. 35g.

⁽³¹⁾ CHAMPAUD Claude, op. cit. note (26), pp. 1011ss; CHAMPAUD Claude, Le pouvoir de concentration de la société par action, Paris, Thèse, 1962, pp. 210ss; NAACKE Henri, Le droit français des groupes de sociétés, Thèse, Lyon, 1975, pp. 13ss.

⁽³²⁾ PENARD Maurice, Recherche d'une définition du groupe, Congrès de Liège, 1973, p. 58; PETIT-PIERRE-SAUVAIN Anne, op. cit. note (7), p. 8 et p. 42 n° 88; DALLEVES Louis, op. cit. note (7), p. 643; RUEDIN Roland, op. cit. note (7), p. 161; BEZARD, DABIN, ECHARD, JABAUD et SAYAG, Les groupes de sociétés, une politique législative, 1975, p. 137; NAACKE Henri, op. cit. note (31), p. 19; RIPERT/ROBLOT, Traité élémentaire de droit commercial, 1980, tome 1, p. 489. Pour une analyse des conglomérats dans une optique étasunienne, voir WILLIAMSON Olivier E., Markets and Hierarchies: Analysis and antitrust Implications, A Study in the Economics of Internal Organisation, New York/London, 1975, pp. 155ss.

⁽³³⁾ DALLEVES Louis, op. cit. note (7), pp. 558ss, 606; et, d'une manière générale, La Filiale Commune, colloque de Paris, 1975, en particulier les interventions de PATRY Robert, pp. 69 à 71, STAUDER Bernd, pp. 80ss; PAILLUSSEAU Jean, op. cit. note (26), pp. 31, 39; HIRSCH Alain, Les groupes de sociétés et les sociétés multinationales en droit suisse, Luxembourg, non daté, pp. 77ss.

⁽³⁴⁾ PETITPIERRE-SAUVAIN Anne, op. cit. note (7), pp. 35ss; DALLEVES Louis, op. cit. note (7), pp. 575ss, 638ss; RUEDIN Roland, op. cit. note (7), pp. 155ss et les auteurs cités infra, note (40). Voir aussi MESSAGE concernant la révision du droit des sociétés anonymes du 23 février 1983, pp. 19-20 n° 122.6.

⁽³⁵⁾ CHAMPAUD Claude, Le pouvoir..., op. cit. note (31), pp. 238ss; CHAMPAUD Claude, Les méthodes..., op. cit. note (26), pp. 1007ss, 1011; VAN OMMESLAGHE Pierre, Les groupes de sociétés, Luxembourg, non daté, pp. 443ss; VAN OMMESLAGHE Pierre, Les groupes de sociétés et l'expérience du droit belge, Florence, 1982, pp. 60-62; VAN OMMESLAGHE Pierre, Les objectifs d'une organisation des groupes de sociétés en droit comparé, Liber Amicorum baron Louis Frédéricq, Gent, 1966, pp. 1042ss; PRENTICE D. D., Groups of Companies: The English Experience, Florence, 1981, pp. 99ss; RODHE Knut, Groups in Scandinavian Company Law, Florence, 1981, pp. 144-145; MULLER Welf, Group Accounts under the Proposed 7th ECC Directive: A Practitioner's View, Florence, 1981, pp. 178-181, 188, 190; RODIERES René, La protection des minorités dans les groupes de sociétés (sur la proposition de loi no 1055 du 9.4.1970), in: Revue des Sociétés, 1970, pp. 245-247; BEZARD, DABIN, ECHARD, JABAUD et SAYAG, op. cit. note (32), pp. 153ss; NAACKE Henri, op. cit. note (31), pp. 6ss.

«Les conclusions des études de fait ont démontré la vanité du principe même d'une telle entreprise, puisqu'une formule juridique, aussi subtile et perfectionnée qu'elle puisse être, ne saurait cerner une notion en elle-même insaisissable. (...) C'est une leçon sur les illusions que certains entretiennent quant à la possibilité de définir le groupe, et qui sont grosses d'erreurs dangereuses.»⁽³⁶⁾

En ce qui nous concerne, nous pensons plutôt que ce qui est impossible c'est de chercher à définir le groupe de manière absolue et polyvalente, c'est-à-dire d'espérer formuler une définition idéale du groupe. Ou plus exactement que, si elle existait, une telle définition serait en pratique inutilisable car elle recourrait nécessairement à des éléments constitutifs qu'il serait illusoire de tenter de démontrer, en particulier pour des personnes qui n'appartiennent pas au groupe, tels les créanciers que nous souhaitons mieux protéger.

Ce qui est possible et raisonnable, par contre, c'est d'adopter une définition fonctionnelle du groupe, c'est-à-dire de le définir en fonction du but particulier à atteindre. Comme le propose judicieusement DALLEVES⁽³⁷⁾, il s'agit alors de délimiter le champ d'application de la nouvelle réglementation en isolant, dans la variété des combinaisons économiques, celles qui doivent être assujetties au «droit des groupes» envisagé. Cela fait, la définition sera formulée de telle sorte qu'elle appréhende les structures cibles, indépendamment de la question de savoir si d'autres combinaisons, qui constituent objectivement des groupes de sociétés, échappent à la définition retenue.

Cela étant, même lorsque l'on en retient une approche fonctionnelle, le recours à une définition rigide du groupe comporte le désavantage fondamental d'obliger de résoudre, dans chaque espèce, la question préalable de savoir si ses éléments constitutifs sont ou non réalisés⁽³⁸⁾. Or, c'est là un obstacle souvent insurmontable pour toute personne étrangère au groupe, du fait de la difficulté d'obtenir des informations sur des éléments aussi évanescents que le contrôle ou l'existence d'une direction unique. C'est la raison pour laquelle nous proposons de recourir à une dé-

⁽³⁶⁾ BEZARD, DABIN, ECHARD, JABAUD, SAYAG, op. cit. note (32), p. 194. Voir aussi BOUCOU-RECHLIEV Jeanne, rapport présenté in: La filiale commune, colloque de Paris, 1975, pp. 42ss, 46s; et dans le même sens l'intervention de DALLEVES Louis, lors du débat de la SSJ 1980, RDS 1980 II, pp. 417 et 418, dans laquelle il mentionne l'ouvrage précité de BEZARD, DABIN, ECHARD, JABAUD, SAYAG, «Tout d'abord, l'incertitude de la définition même: un ouvrage récent a pour titre: la vaine recherche d'une définition du groupe en droit français. Cette difficulté de la définition reflète les contours indistincts de l'objet. Est-il possible de réglementer un objet que l'on arrive à peine à définir?» Dans le même sens, voir les considérations de HIRSCH Alain, RDS 1980 II, p. 413.

⁽³⁷⁾ DALLEVES Louis, op. cit. note (7), p. 638; voir aussi VAN OMMESLAGHE Pierre, Les objectifs..., op. cit. note (35), p. 1042.

⁽³⁸⁾ HIRSCH Alain, Les groupes de sociétés et les sociétés multinationales en droit suisse, Luxembourg, op. cit. note (33), p. 77; PAILLUSSEAU Jean, op. cit. note (35), p. 40; MULLER Welf, op. cit. note (35), pp. 178ss.

finition **souple** de la notion de groupe de sociétés. Celle-ci devra être interprétée **téléologiquement**, c'est-à-dire en fonction du but visé par l'action révocatoire dans le contexte qui nous occupe: obtenir l'annulation des transferts effectués sans contre-prestation entre sociétés ou personnes soumises au même contrôle (ou exerçant ce dernier). Pour ce faire, le pouvoir d'appréciation du juge jouera un rôle décisif. L'expérience américaine^(38.1) et l'incapacité (impossibilité?) de proposer une définition légale satisfaisante du groupe, démontre toutefois que c'est là probablement la seule solution possible en pratique. Cette façon de faire présente à nos yeux plusieurs avantages. Le premier a déjà été mentionné, c'est celui de ne pas achopper d'emblée sur la question d'une définition stricte du groupe et de la réalisation de ses éléments constitutifs. Elle permet également d'éviter que les groupes ne tentent d'échapper au champ d'application de la norme, ce qui se produit presque inmanquablement lorsque la définition proposée est trop précise. Ainsi par exemple, si l'on définit le contrôle en fonction de la détention d'un certain pourcentage (30, 40 ou 50%) des actions d'une filiale, les groupes s'emploieront à exercer effectivement le contrôle avec respectivement 29, 39 ou 49% des actions en question. Finalement, notre démarche permet d'appréhender aussi des situations qui ne sont pas classiquement qualifiées de groupe, mais qui, à notre sens, relèvent exactement de la même problématique. Nous pensons ici en particulier à l'hypothèse de transferts de patrimoine intervenant entre un actionnaire et la société que celui-ci domine plus ou moins totalement (Einmanngesellschaft).

Nous utiliserons ainsi le terme «groupe de sociétés», plus en fonction des transferts visés par l'action révocatoire qu'avec une quelconque signification juridique précisément arrêtée et rigidement délimitée.

§ 2. Le concept retenu

a. Description

Malgré leur disparité, la plupart des groupes présentent néanmoins fondamentalement des traits communs. Quelle que soit leur taille, quelle que soit leur structure, on y retrouve en effet généralement deux éléments constitutifs fondamentaux:

- 1°. une direction unique qui exerce effectivement son contrôle sur
- 2°. plusieurs entités juridiques, généralement des sociétés anonymes⁽³⁹⁾.

^(38.1) Voir infra, pp. 139ss, 139 à 141.

⁽³⁹⁾ Voir supra, note (23) .

Nous retiendrons ainsi, comme hypothèse de travail, la définition suivante du groupe de sociétés: «il y a groupe de sociétés lorsque plusieurs entités juridiques sont réunies sous une direction unique». A peu de chose près cette définition semble réunir un certain consensus, aussi bien dans la doctrine suisse⁽⁴⁰⁾, que parmi les auteurs étrangers⁽⁴¹⁾.

1°. *La direction unique (le contrôle)*

Malgré son caractère souvent insaisissable, la direction unique peut être définie comme un individu ou un groupe d'individus qui exercent le pouvoir dont ils disposent de déterminer l'orientation économique⁽⁴²⁾ de plusieurs entités juridiquement indépendantes, en fonction d'objectifs généraux définis par eux⁽⁴³⁾. Ce pouvoir est appelé dans le jargon des groupes «pouvoir de contrôle».

La direction unique peut prendre les formes les plus variées⁽⁴⁴⁾. Le pouvoir de

⁽⁴⁰⁾ Voir notamment: FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ, Einführung in das schweizerische Aktienrecht, 2^e éd., Berne, 1980, § 44 N. 28; GUHL Theo, Das schweizerische Obligationenrecht, 7^e éd., Zurich, 1980, p. 605; DALLEVES Louis, op. cit. note (7), p. 577; PETITPIERRE-SAUVAIN Anne, op. cit. note (7), p. 1; RUEDIN Roland, op. cit. note (7), p. 164; RUEDIN Roland, Propositions..., op. cit. note (23), p. 104.

⁽⁴¹⁾ Voir notamment: pour l'Allemagne, EMMERICH/SONNENSCHNEIN, Konzernrecht, 2^e éd., München, 1977, p. 62; WURDINGER, Grosskommentar AktG, § 18 al. 1; BIEDENKOPF/KOPPENSTEINER, Kölner Kommentar zum AktG, § 18 al. 1; pour la France, BEJOT Michel, La protection des actionnaires externes dans les groupes de sociétés en France et en Allemagne, Bruxelles, 1976, pp. 13-14; GERMAIN Michel, Sociétés dominantes et sociétés dominées en droit français et en droit allemand, Thèse, Nancy, 1974, p. 1; et les références citées supra note (35).

⁽⁴²⁾ Le «pouvoir dont ils disposent de déterminer l'orientation économique . . . » est ce que l'on a aussi appelé le **pouvoir de contrôle**. «Contrôler» une société, c'est détenir le contrôle de ses biens sociaux (droit d'en disposer comme un propriétaire) de telle sorte que l'on soit maître de l'activité économique de l'entreprise sociale. Voir CHAMPAUD Claude, Le pouvoir. . . , op. cit. note (31) et PETITPIERRE-SAUVAIN Anne, op. cit. note (7), p. 59 n° 14.

⁽⁴³⁾ Pour une définition analogue, voir PETITPIERRE-SAUVAIN Anne, op. cit. note (7), p. 38 n° 77: «La direction unifiée ne peut se définir que par son action. Il y a direction unifiée lorsqu'un groupe d'individus, disposant du pouvoir de déterminer l'orientation économique de plusieurs entreprises juridiquement indépendantes, coordonnent leurs activités en fonction d'objectifs généraux définis par eux».

⁽⁴⁴⁾ Voir notamment: PETITPIERRE-SAUVAIN Anne, op. cit. note (7), p. 37 n° 75; DALLEVES Louis, op. cit. note (7), p. 595; RUEDIN Roland, Vers un droit..., op. cit. note (7), p. 165; VAN OMMESLAGHE Pierre, Les groupes de sociétés, Bruxelles, non daté, pp. 443ss; BEZARD, DABIN, ECHARD, JABAUD et SAYAG, op. cit. note (32), pp. 22ss, 152ss.

contrôle dont elle dispose et qu'elle exerce peut résulter d'une grande diversité de facteurs, souvent combinés ⁽⁴⁵⁾.

La doctrine est unanime à admettre que la présence d'une direction unique est une condition absolument fondamentale de l'existence d'un groupe de sociétés ⁽⁴⁶⁾. Cet élément a d'ailleurs été retenu comme essentiel par tous les systèmes législatifs en la matière, aussi bien de lege lata ⁽⁴⁷⁾ qu'à l'état de projet ⁽⁴⁸⁾.

2°. La pluralité d'entités juridiques

2.1 Personnes morales

Le second élément constitutif fondamental et incontesté ⁽⁴⁹⁾ d'un groupe de sociétés est la présence d'une pluralité d'entités juridiques ⁽⁵⁰⁾. Dans la très grande

⁽⁴⁵⁾ Voir en particulier CHAMPAUD Claude, *Les méthodes...* op. cit. note (26), pp. 1004ss; voir aussi: PETITPIERRE-SAUVAIN Anne, op. cit. note (7), pp. 37ss nos 76ss, pp. 40ss nos 80ss; DALLEVES Louis, op. cit. note (7), pp. 582ss; VAN OMMESLAGHE Pierre, *Les groupes de sociétés et l'expérience du droit belge*, Florence, 1981, pp. 60-62; PAILLUSSEAU, in: *La filiale commune*, Colloque de Paris, 1975, p. 40; BEZARD, DABIN, ECHARD, JABAUD et SAYAG, op. cit. note (32), pp. 22ss.

⁽⁴⁶⁾ Voir notamment: CHAMPAUD Claude, *Les méthodes...*, op. cit. note (26), p. 1007; CHAMPAUD Claude, *Le pouvoir...*, op. cit. note (31), p. 238; PETITPIERRE-SAUVAIN Anne, op. cit. note (7), pp. 36ss; DALLEVES Louis, op. cit. note (7), pp. 594ss; RUEDIN Roland, *Vers un droit...*, op. cit. note (7), pp. 155ss, 164, 166; RUEDIN Roland, *Propositions...*, op. cit. note (7), pp. 105ss; SLONGO Bruno, *Der Begriff der einheitlichen Leitung als Bestandteil des Konzernsbegriffes*, Thèse, Zurich, 1980; VAN OMMESLAGHE Pierre, *Les groupes de sociétés*, op. cit. note (35), Luxembourg, pp. 443ss; BEZARD, DABIN, ECHARD, JABAUD et SAYAG, op. cit. note (32), pp. 152ss, 162; NAACKE Henri, *Le droit français des groupes de sociétés*, Thèse, Lyon, pp. 6ss, 8.

⁽⁴⁷⁾ Voir les droits: - allemand: Aktiengesetz de 1965, § 18; - brésilien: voir COMPARATO Folio Konder, *Les groupes de sociétés dans la nouvelle loi brésilienne des sociétés par actions*, in: *Revue internationale de droit comparé*, 1978, n° 3, pp. 391ss; - scandinave: voir RODHE Knut, *Groups in Scandinavian Company Law*, Florence, 1981, pp. 142-151.

⁽⁴⁸⁾ Voir en particulier le projet de 9e directive CEE: *Avant-projet d'une directive de la Commission concernant les groupes de sociétés*. Doc. XI/328/74 et Doc. XI/593/75 (partie II) et, en Suisse, la proposition de RUEDIN Roland, *Propositions...*, op. cit. note (7), pp. 99ss, 104 n° 6.1, III.

⁽⁴⁹⁾ Sauf le cas exceptionnel de la société unique dominée par une personne physique, en particulier de ce que l'on a appelé la «Einmangesellschaft». Rappelons toutefois que celle-ci présente en partie les mêmes caractéristiques et les mêmes risques que les groupes stricto sensu, raison pour laquelle notre analyse de l'action révocatoire dans les groupes lui est applicable.

⁽⁵⁰⁾ Voir notamment: PETITPIERRE-SAUVAIN Anne, op. cit. note (7), p. 1; DALLEVES Louis, op. cit. note (7), p. 577; RUEDIN Roland, *Vers un droit...*, op. cit. note (7), pp. 155ss, 164ss; VAN OMMESLAGHE Pierre, *Les groupes de sociétés*, Luxembourg, op. cit. note (35), p. 1042; CHAMPAUD Claude, *Les méthodes...*, op. cit. note (26), p. 1011; CHAMPAUD Claude, *Le pouvoir...*, op. cit. note (31), p. 238; RUEDIN Roland, *Propositions...*, op. cit. note (7), p. 105 n° 6.11.1; NAACKE Henri, op. cit. note (31), pp. 6ss, 8.

majorité des cas celles-ci revêtent en Suisse la forme de la société anonyme⁽⁵¹⁾. Cela est dû aux caractéristiques de ce type de sociétés, mais n'est pas une condition absolue.

N'importe quelle forme de personne morale peut théoriquement faire partie d'un groupe, même si elle n'est pas une «société». Ainsi le «groupe Crédit Suisse» fournit-il un intéressant exemple de groupe dont un des membres est une fondation⁽⁵²⁾.

2.2. Personnes physiques?

Une personne physique peut-elle être membre d'un groupe dit «de sociétés»? La question ne semble pas avoir été traitée exhaustivement en doctrine⁽⁵³⁾. On en trouve une mention chez DALLEVES qui écrit:

«De même, le terme «groupe de sociétés» ne doit pas être compris comme excluant la possibilité d'y voir figurer des entreprises individuelles. Dès lors cependant que dans l'immense majorité des cas les groupes sont composés de sociétés et qu'il s'agit d'une expression consacrée par l'usage, l'emploi de ce terme paraît justifiable.»⁽⁵⁴⁾

RUEDIN semble lui aussi admettre les personnes physiques au rang de membres à part entière du groupe puisqu'il prévoit, dans sa «proposition de droit suisse des groupes de sociétés»⁽⁵⁵⁾:

« 1.4. Le rôle de la société mère, de la société dominante ou de la société majoritaire peut être tenu par un autre type de société ou de personne morale ou par une personne physique exerçant en outre une activité commerciale.»

Cela étant, il faut bien admettre que la plupart des définitions du groupe qui ont été

⁽⁵¹⁾ Voir les références citées supra, note (23) .

⁽⁵²⁾ Depuis 1982, en effet, le «groupe Crédit Suisse» s'est doté d'une holding (le CS Holding SA) , dont le capital social est de Frs 50'000.— et le but de détenir différentes participations du groupe (en particulier Financière Crédit Suisse - First Boston, Zoug et ses nombreuses filiales) . Les actions du CS Holding SA sont entièrement détenues par la «Fondation du jubilé du Crédit Suisse» (créée en 1981), au conseil de laquelle siègent des membres de la direction du Crédit Suisse SA. Le CS Holding SA a émis des bons de participation qui sont indissolublement liés aux actions de la banque Crédit Suisse SA (voir bulletin du Crédit Suisse, mars 1982, pp. 13 à 17) .

⁽⁵³⁾ Il est vrai que le problème est cité de manière incidente par plusieurs auteurs mais qui toutefois ne s'y attardent pas, ce qui est symptomatique. Ainsi PETITPIERRE-SAUVAIN Anne, op. cit. note (7), p. 35; DALLEVES Louis, op. cit. note (7), p. 639; RUEDIN Roland, op. cit. note (7), pp. 164-165.

⁽⁵⁴⁾ DALLEVES Louis, op. cit. note (7), p. 578.

⁽⁵⁵⁾ RUEDIN Roland, Propositions. ..., op. cit. note (7), pp. 105, 111, 113.

proposées à des fins législatives ne visent que les personnes morales et qu'elles se restreignent en général à la société anonyme⁽⁵⁶⁾.

En ce qui nous concerne, nous ne voyons toutefois aucune raison convaincante pour que les personnes physiques reçoivent par principe, dans la perspective qui nous occupe un traitement différent de celui réservé aux sociétés. Elles sont toutes deux en effet des entités juridiques, avec leur patrimoine et leurs obligations propres. Il ne nous semble pas que l'on puisse justifier non plus une telle discrimination en tirant argument de la responsabilité limitée des sociétés⁽⁵⁷⁾. Il faut bien admettre au contraire que les transferts de patrimoine effectués en faveur d'une personne physique, par exemple l'actionnaire dominant un groupe, présentent, dans l'optique des créanciers, les mêmes caractéristiques et les mêmes risques que ceux effectués en faveur d'une autre société du groupe⁽⁵⁸⁾. Preuve en est d'ailleurs que la jurisprudence a développé les mêmes sanctions à leur égard. Ce que l'on appelle le «Durchgriff» ou la «levée du voile social», s'applique en effet indifféremment entre deux sociétés de groupe ou entre une société et une personne physique⁽⁵⁹⁾.

Les transferts de patrimoine opérés entre sociétés de groupe et personnes physiques sont même a priori plus suspects, **car le transfert d'une partie du «patrimoine du groupe» à une personne physique peut en général difficilement être justifié par la promotion de l'intérêt du groupe dans son ensemble**. De deux choses l'une: soit c'est l'intérêt du groupe qui est poursuivi, et son patrimoine doit rester en son sein (autre étant la question de savoir où en son sein); soit l'on décide de transférer, à un titre ou à un autre, certaines ressources aux personnes physiques qui contrôlent le groupe, et le patrimoine du groupe, donc son intérêt, doit être nécessairement considéré comme diminué d'autant. Le premier terme de l'alternative exclut en principe le second. Il est manifeste, en effet, que les ressources qui sont transférées aux personnes physiques qui contrôlent le groupe, sont en général destinées à servir le seul intérêt de celles-ci. Les sommes transférées doivent en pareille hypothèse plutôt être considérées comme ayant, si l'on peut dire, **quitté le groupe**, ce dernier étant appauvri d'autant.

Cette argumentation conduit d'ailleurs à une certaine contradiction. Il est en effet

⁽⁵⁶⁾ Voir notamment: en France, la proposition Cousté; en Allemagne, le Konzernrecht s'applique par définition aux SA (AktG); en Suisse, DALLEVES Louis, op. cit. note (7), pp. 638ss et PETITPIERRE-SAUVAIN Anne, op. cit. note (7), p. 35.

⁽⁵⁷⁾ Voir notamment PETITPIERRE-SAUVAIN Anne, op. cit. note (7), pp. 49-61.

⁽⁵⁸⁾ Voir RUEDIN Roland, Propositions..., op. cit. note (7), p. 105 «... il n'est pas rare, surtout dans les petits groupes de sociétés, que l'entité dominante soit autre chose qu'une société, notamment une personne physique. Cette personne physique doit être assimilée en tous points à une société-mère (proposition I al. 4) car, dès le moment où une personne physique domine plus d'une société, elle fait courir autant de risques aux différents intéressés qu'une société-mère. Elle a, autant qu'une société-mère, intérêt à gérer ses sociétés dans le but de la maximisation du profit de l'ensemble».

⁽⁵⁹⁾ Pour une analyse récapitulative et de nombreuses références sur le «Durchgriff», voir Th. EBENROTH, Zum «Durchgriff» im Gesellschaftrecht, SAG, 1985, pp. 124ss.

difficile de soutenir à la fois qu'une personne physique peut être membre d'un groupe et que les transferts effectués en sa faveur doivent être considérés comme **ayant quitté ce groupe**. Nous sommes en fait amenés ici à mettre le doigt sur le caractère marginal et donc nécessairement problématique de la personne physique au sein d'un groupe de sociétés.

Nous ne pensons pas que ce délicat problème doive être tranché ici. D'abord parce que, rappelons-le, notre démarche ne requiert pas que nous proposons une définition rigide du groupe, elle nous permet de nous limiter à en suggérer les contours. Ensuite, parce que le caractère essentiellement fonctionnel de notre description du groupe peut légitimement conduire à le circonscrire de façon plus large que cela n'a été fait jusqu'à présent. Dans cette perspective, nous pensons que le fait d'y inclure, si nécessaire, des personnes physiques, peut représenter un progrès vers une meilleure appréhension de la réalité. Cela permet ainsi, par exemple, d'englober toutes les hypothèses de transferts commis dans le cadre du binôme constitué par une personne physique actionnaire unique qui utilise une ou plusieurs sociétés pour la conduite de ce qui est en réalité son entreprise et donc son intérêt individuel. Pour nous ce binôme, même réduit à sa plus simple expression (*Einmannengesellschaft*), présente toutes les caractéristiques et tous les risques des groupes de sociétés, qu'il en soit un ou non.

Cela étant, nous pensons fournir une solution acceptable et appropriée au caractère périphérique des personnes physiques au sein des groupes, en proposant de distinguer (ci-après, b.) entre personnes internes et personnes externes au groupe. La terminologie interne/externe ne recouvre pas nécessairement les limites que l'on décidera de donner au groupe en tant que tel. Elle permet cependant d'appréhender, de manière souple, les nombreux cas limites qui frangent le groupe⁽⁶⁰⁾. Elle nous paraît être un instrument commode lorsque l'on fraye avec la frontière imprécise entre le groupe et le non-groupe, entre l'intra-groupe et l'extra-groupe.

b. Internes et externes

La large description du groupe que nous avons suggérée et qui englobe, rappelons-le, les personnes physiques, rejoint un concept auquel recourt fréquemment le droit anglo-américain. Nous aimerions le rappeler ici, car il recouvre, à nos yeux, une distinction déterminante, plus utile en pratique qu'une stricte définition du groupe.

Certains auteurs opèrent une distinction entre les actionnaires «libres» ou «externes» et les actionnaires «internes». Les actionnaires «internes» sont ceux qui participent, directement ou indirectement, au contrôle du groupe. Les actionnaires

⁽⁶⁰⁾ D'autres cas limites ont déjà été mentionnés, par exemple le cas de la filiale commune (ou «joint venture»). Voir supra note (33).

«externes» sont ceux qui ne participent pas à la direction du groupe et qui n'en sont pas membres⁽⁶¹⁾.

Cette terminologie a, jusqu'à présent, été essentiellement développée et utilisée, en Suisse, en relation avec le problème de la protection des actionnaires minoritaires. Nous sommes d'avis qu'il se justifie de l'appliquer également pour qualifier toutes les autres personnes qui se trouvent en rapport avec un groupe, et en particulier ses créanciers. Sera ainsi **interne** toute personne, physique ou morale, qui participe directement ou indirectement au contrôle du groupe. Nous pensons en particulier aux administrateurs, de droit ou de fait, aux actionnaires internes et aux autres sociétés du groupe. Sera **externe** au groupe toute personne qui ne participe pas à son contrôle, qui ignore même parfois l'existence du groupe et qui, si elle en est actionnaire, est actionnaire externe.

Cette distinction permet de distinguer utilement les créanciers. Nous ferons ainsi désormais le départ entre les créanciers internes et les créanciers externes. **Les créanciers internes** sont toutes les personnes, physiques ou morales, qui sont créancières d'un membre du groupe et qui participent – ou ont la faculté effective de participer – à la direction du groupe. **Les créanciers externes** sont, au contraire, toutes les personnes qui sont créanciers d'une société du groupe mais qui ne participent pas – et qui n'ont pas la faculté de participer – à son contrôle.

Cette distinction entre créanciers internes et externes a été utilisée à notre connaissance au moins une fois par la jurisprudence suisse, dans un arrêt rendu le 20 avril 1970 par le Tribunal cantonal de l'Etat de Fribourg. Cet arrêt ne concernait il est vrai pas spécifiquement un groupe de sociétés; il nous semble néanmoins intéressant de le citer ici, car il illustre bien l'utilité de la terminologie à laquelle nous proposons de recourir:

*«Il n'est pas sans intérêt de relever dans la comptabilité de la société les variations subies, du 31 juillet 1962 au jour de la faillite, par les postes passifs «créanciers-fournisseurs» et «avances sur commandes» qui représentent ce que l'on peut appeler les **créanciers externes** de la société.*

*Au 31 juillet 1962, ils représentent une somme d'environ 385'000.— fr, à peu près égale aux créances des bailleurs de fonds (**créanciers internes**... (...))*

⁽⁶¹⁾ Voir notamment: DALLEVES Louis, op. cit. note (7), p. 602; RODIERES René, La protection des minorités dans les groupes de sociétés, Revue des sociétés, 1970, p. 244; OETZEK Selcuk, op. cit. note (7); ROUSSEAU P., op. cit. note (7); BEJOT Michel, op. cit. note (7); voir aussi la définition de RUEDIN Roland, Propositions..., op. cit. note (7), p. 100, qui nous paraît cependant à la fois trop formelle et trop limitative: «Actionnaire libre: Tout actionnaire de société filiale, à l'exception de la société-mère». Qui sont en effet les actionnaires libres de la société-mère? Quid du cas fréquent d'un réseau de participations plus ou moins croisées au sein du groupe?

A la stabilité d'un des comptes correspond une aggravation de l'autre, si bien que l'on peut conclure que le maintien de l'entreprise, malgré ses déficits chroniques, n'a pu être assuré que par des apports de fonds des créanciers internes.

Les créanciers internes ont été sans discussion possible des actionnaires, cela au moins au départ.»⁽⁶²⁾

Dans la perspective de cette thèse et conformément au caractère téléologique de la définition du groupe que nous avons retenue^(62.1), nous considérons ainsi comme faisant partie du groupe toute entité juridique (physique ou morale) «interne» dans le sens décrit ci-dessus. Nous utiliserons donc désormais en général indifféremment ces deux concepts.

c. Les limites du concept

Nous sommes conscient du caractère à la fois excessivement simplificateur et imprécis de la définition du groupe que nous avons retenue. Partant, elle est imparfaite et peut s'avérer inadéquate au moment où nous entendons l'utiliser dans le cadre d'une analyse juridique concrète et détaillée. Un certain schématisme du concept nous est cependant paru possible et nécessaire pour nous permettre d'aborder la discussion. Ce schématisme ne signifie pas pour autant que nous éludons désormais la diversité de la pratique. Nous nous efforcerons d'ailleurs, plus avant dans ce chapitre⁽⁶³⁾, de brosser un tableau sommaire de la multiple réalité des groupes de sociétés, relativement en particulier à leur structure et à leur politique d'utilisation des ressources.

Par la suite, et chaque fois que cela nous paraîtra opportun, nous nous efforcerons de moduler nos conclusions en fonction de cette diversité. Mais celle-ci devra être gardée en permanence à l'esprit comme une sorte de réserve générale. De fait, dans le domaine des groupes, toute solution relève en définitive des caractéristiques du cas d'espèce. C'est dire, et nous entendons le faire d'emblée clairement, que notre exposé ne prétend pas avoir une portée universelle, valable pour tous les genres de groupes et à l'égard de n'importe quel transfert.

⁽⁶²⁾ Arrêt Banque Commerciale SA contre Faillite Ersa du Tribunal Cantonal de l'Etat de Fribourg du 20 avril 1970, publié in SJ 1971, pp. 209ss, 217 (NB: c'est nous qui soulignons «créanciers internes» et «créanciers externes»).

^(62.1) Voir supra, pp. 38ss.

⁽⁶³⁾ Voir infra, Section II.

SECTION II: LA MULTIPLE RÉALITÉ DES GROUPES

§ I. Distinction selon la centralisation

Un des critères qui permet de différencier les groupes réside dans leur degré de centralisation décisionnelle. Celle-ci peut être plus ou moins prononcée et plus ou moins systématique.

Dans certains groupes, la direction unique constitue le **véritable et exclusif centre de décision**. Les sociétés du groupe lui sont en pratique subordonnées de la même manière que si elles étaient de simples succursales. Leurs conseils d'administration sont purement formels. Ils fonctionnent comme chambres d'enregistrement et comme organes d'exécution des décisions qui leur sont dictées⁽⁶⁴⁾. Ils sont d'ailleurs souvent «court-circuités» par la direction unique qui s'adresse directement aux cadres des filiales. Ce type de structure très centralisée se rencontre relativement fréquemment parmi les groupes petits et moyens. La taille ne paraît toutefois pas être ici le critère déterminant. Le caractère «personnel» du groupe semble en vérité plus décisif. L'observation de la pratique montre en effet que les groupes dits «personnels», soit ceux qui sont dominés par une personne physique ou par un petit groupe de personnes physiques, sont en général les plus autocratiques.

Dans notre perspective, la caractéristique la plus importante d'un groupe de ce premier genre est que les sociétés qui le composent sont dépourvues de la capacité de se déterminer et d'agir librement. Ces sociétés – et leurs organes – n'ont, en quelque sorte, ni conscience ni volonté propre. Leur conscience et leur volonté est commune à toutes les sociétés du groupe, c'est celle de la direction unique qui s'est substituée à la leur propre.

Mais, s'il existe, ce genre de groupe n'est de loin pas le plus répandu. De fait, la plupart des groupes connaissent une structure de direction **plus ou moins décentralisée**⁽⁶⁵⁾. La pratique est extrêmement variée⁽⁶⁶⁾. La décentralisation est parfois telle

⁽⁶⁴⁾ Voir à ce propos DALLEVES Louis, op. cit. note (7), p. 604 «Mais de toute manière, et c'est la justification même de la direction unique, les décisions les plus importantes sont prises en dehors de la société dominée. Ces décisions sont parfois notifiées à la filiale par l'intermédiaire de son administration: celle-ci ne peut alors que se plier à la décision ou se voir immédiatement révoquée. Le dilemme «se démettre ou se soumettre» est applicable aux dirigeants des sociétés dominées». Pour un exemple d'acte dommageable à l'égard d'une filiale (en l'occurrence le paiement d'un dividende alors que ladite filiale était surendettée) ordonné par la direction unique du groupe, voir le très intéressant arrêt américain *Comstock v. Group of Investors*, 335 US 211 (1948), pp. 244-245.

⁽⁶⁵⁾ Pour une classification des groupes en fonction de leur centralisation, voir PAILLUSSEAU Jean, *Rapport...*, op. cit. note (6), in: *La filiale commune*, Colloque de Paris, 1975, pp. 30ss, 35.

⁽⁶⁶⁾ Voir PETITPIERRE-SAUVAIN Anne, op. cit. note (7), p. 10.

que l'on est amené à s'interroger sur la présence d'une véritable direction unique, condition – rappelons-le – sine qua non de l'existence d'un groupe. Il en est ainsi, par exemple, dans le cas des conglomérats ⁽⁶⁷⁾.

Il y a, à notre avis, groupe dès lors que, même si elle est extrêmement effacée, la direction unique définit pour le moins une stratégie globale qui s'impose à chacune des sociétés du groupe. A défaut d'un minimum de coordination, il n'y a en effet pas groupe, mais seulement juxtaposition de sociétés indépendantes. C'est ainsi que dans certaines hypothèses la direction du groupe se borne à édicter des directives générales. Elle laisse pour le reste chaque société-membre jouir d'une certaine autonomie. C'est ce qu'exprimait DABIN :

«S'il est vrai que l'entreprise dominante recherche la maximisation des résultats économiques du groupe, ce but n'implique pas toujours et nécessairement une direction étroite allant jusqu'à régir dans le détail la gestion des sociétés indépendantes.» ⁽⁶⁸⁾

Une autre forme de décentralisation consiste, pour la direction unique, à **n'intervenir qu'occasionnellement**, soit en fonction des secteurs, soit en fonction des situations. L'autonomie des filiales est ainsi souvent restreinte en matière d'investissement, d'administration financière et, en particulier, en matière fiscale ⁽⁶⁹⁾. La direction unique se réserve en général les décisions relatives aux investissements immobiliers, aux prises de participations, aux fusions, aux modifications de capital, aux créations de succursales, aux emprunts ou cautionnements importants, à la politique salariale générale de même qu'au planning fiscal, pour ne citer que quelques exemples ⁽⁷⁰⁾. Les sociologues BAUER et COHEN ont relevé à cet égard, à la suite d'une étude approfondie in vivo du grand groupe industriel français BOUSSOIS/SOUCHON/NEUVESEL/GERVAIS-DANONE (BSN-GD) :

⁽⁶⁷⁾ Certains auteurs proposent en effet de ne pas qualifier les conglomérats de groupes de sociétés car ils «tirent leur origine davantage d'une unité de patrimoine que d'une direction unique et d'objectifs communs peu compatibles avec une diversité d'activités», PENARD Maurice, op. cit. note (32), p. 58; voir aussi PETITPIERRE-SAUVAIN Anne, op. cit. note (7), p. 8 n° 14 et p. 42 n° 88, et les auteurs cités supra note (32).

⁽⁶⁸⁾ DABIN Louis, Intervention lors du congrès de Liège, 1972, cité par NAACKE Henri, op. cit. note (31), p. 36.

⁽⁶⁹⁾ Voir PETITPIERRE-SAUVAIN Anne, op. cit. note (7), pp. 110-111 n° 125.

⁽⁷⁰⁾ Ici aussi la pratique est extrêmement variée et toutes les combinaisons sont possibles. Il semble toutefois que des tendances générales puissent être dégagées en ce qui concerne les tâches qui sont en général assumées par la direction unique. Toutes les questions financières et comptables sont parmi celles-ci. C'est en tout cas ce que permet de conclure l'étude effectuée par KRAHE, sur la base de la pratique allemande. Voir KRAHE, Konzernorganisation, publication de la Schmalenbach Gesellschaft, Köln/Opladen, 1952, tableau final, cité par PETITPIERRE-SAUVAIN Anne, op. cit. note (7), pp. 14ss nos 26ss.

«Un directeur d'usine chez GD voit de plus en plus sa tâche confinée dans la gestion des relations sociales; la capacité à apprécier le climat social est d'ailleurs ce qui fonde son autonomie. Mais d'une part, la politique salariale est définie en dehors de lui, de même que la politique d'aménagement du temps de travail (risque de généralisation au niveau du groupe d'une concession, même limitée au niveau d'une usine); d'autre part, lors d'un conflit important, il n'est plus qu'un intermédiaire, quand il n'est pas tout simplement court-circuité: c'est la direction générale de GD «aidée» des services fonctionnels de BSN-GD, qui traite avec les syndicats. Dans le cas extrême de fermeture de son usine, le directeur l'apprend seulement quelques jours avant ses ouvriers. Sa capacité d'influence, qui, dans le domaine technique, est des plus limitée, n'est guère plus importante dans le domaine social et a fortiori, pour la définition d'une politique industrielle.»⁽⁷¹⁾

Souvent un certain degré d'autonomie est laissé aux filiales afin de stimuler l'initiative et les potentialités individuelles⁽⁷²⁾. C'est ainsi que l'on rencontre parfois, au sein d'un même groupe, des sociétés qui se livrent une réelle concurrence. Mais, quel que soit leur degré de liberté, le pouvoir des cadres du groupe demeure délimité et subordonné⁽⁷³⁾. Ne serait-ce que parce que leur emploi et leur promotion dépendent, en bonne partie, de leur assujettissement⁽⁷⁴⁾. Un auteur américain a écrit, en substance, à propos de la portée de la liberté laissée aux cadres d'un groupe:

«Bien qu'une certaine liberté d'action doive leur être laissée, ils (les cadres) comprennent cependant que leur réélection dépendra de ce qu'ils se sont conformés à la politique générale qui leur a été indiquée; de telle sorte qu'il y ait complète unité d'administration. De fait, la liberté d'initiative locale est ordinairement encouragée; mais elle ne va pas beaucoup plus loin que celle que les très grandes sociétés concèdent aux directeurs de leurs succursales.»⁽⁷⁵⁾

Dans d'autres groupes encore – et cela semble être la tendance actuelle dans les groupes industriels – la décentralisation s'organise non pas en tenant compte de la personnalité morale des sociétés qui composent le groupe, mais sur la base de critères fonctionnels. On parle alors de **décentralisation fonctionnelle**. Cette technique de «management» consiste pour la direction unique à diviser le groupe en secteurs d'activité et à placer à la tête de chacun de ceux-ci une direction autonome,

⁽⁷¹⁾ BAUER Michel et COHEN Elie, Qui gouverne les groupes industriels?, Essai sur l'exercice du pouvoir du et dans le groupe industriel, Paris, 1981, p. 187.

⁽⁷²⁾ PETITPIERRE-SAUVAIN Anne, op. cit. note (7), p. 111 n° 125.

⁽⁷³⁾ BAUER/COHEN, op. cit. note (71), p. 183.

⁽⁷⁴⁾ Voir à ce propos DALLEVES Louis, op. cit. note (7), p. 604.

⁽⁷⁵⁾ MARSHALL Alfred, Industry and Trade, 3e ed., 1920, p. 217, cité par LATTY Elvin, Subsidiaries and Affiliated Corporations, A Study in Stockholders' Liability, Thèse, Chicago, 1936, p. 217.

compétente pour tout ce qui touche la division considérée. Ainsi, la direction financière s'occupe de toutes les questions financières du groupe, la direction juridique de tous les problèmes juridiques, la direction scientifique de la recherche, et ainsi de suite ⁽⁷⁶⁾. Il en résulte une juxtaposition de directions qui sont toutes à la fois subordonnées à la direction unique centrale, et autonomes pour tout ce qui concerne le secteur qui leur a été attribué⁽⁷⁷⁾. Chaque secteur est, en général, composé de plusieurs personnes morales, mais la frontière des différents secteurs ne suit pas nécessairement celle des sociétés qui les composent. Il n'est pas rare en effet que certaines sociétés du groupe se trouvent à cheval sur deux ou plusieurs divisions et qu'elles soient en conséquence soumises simultanément à plusieurs directions fonctionnelles différentes. C'est dire que dans ce genre de groupe il est fait peu cas de la personnalité morale des sociétés qui en sont membres. Nous pensons d'ailleurs que l'on trouve dans les groupes à décentralisation fonctionnelle le stade ultime de la structuration du groupe en fonction de critères économiques et, par conséquent, d'indifférence à l'égard de la réalité ou de la forme juridique des éléments qui le constitue ⁽⁷⁸⁾.

A nos yeux, chacune des directions fonctionnelles peut être traitée comme une direction unique par rapport aux sociétés qui composent la division qu'elle domine. Il en résulte que si un transfert de ressources a été orchestré entre deux sociétés

⁽⁷⁶⁾ Voir NAACKE Henri. op. cit. note (31), p. 37, et SLOGO Bruno, op. cit. note (46), p. 79. Pour un aperçu de la question aux Etats-Unis, voir WILLIAMSON Oliver E., op. cit. note (32). WILLIAMSON distingue la U-Form (Unitary) qui est «the traditional functionally-organized enterprise» (pp. 132ss, 152) de sa forme plus élaborée, la M-Form (Multidivisional) qui, en quelque sorte, revient à soumettre à une direction unique suprême plusieurs divisions décentralisées, chacune de celles-ci étant elle-même fonctionnellement décentralisée.

⁽⁷⁷⁾ Voir ainsi WILLIAMSON Oliver E., op. cit. note (32), p. 133 «Specialization by function permits both economies of scale and an efficient division of labor to be realized - provided that control over the various parts can also be realized (Ansoff and Brandenbourg, 1971, pp. 712 - 720)».

⁽⁷⁸⁾ Pour s'en convaincre, il suffit de consulter la littérature la plus avancée en matière d'organisation de l'entreprise, en particulier aux Etats-Unis. Il est frappant de constater que les préoccupations et la terminologie y sont exclusivement économiques. L'on y cherchera en vain ne serait-ce qu'une mention de la structure et des contingences juridiques. Voir ainsi WILLIAMSON Oliver E., op. cit. note (32), chap. 7 «Limits of Vertical Integration and Firm Size» et chap. 8 «The Multidivisional Structure», dans lequel on lit: «More generally, the characteristics and advantages of the M-form innovation can be summarized in the following way (Williamson 1970, pp. 120-121): 1. The responsibility for operating decisions is assigned to (essentially self-contained) operating divisions or quasifirms. 2. The elite staff attached to the general office performs both advisory and auditing functions. Both have the effect of securing greater control over operating division behavior. 3. The general office is principally concerned with strategic decisions, involving planning, appraisal, and control, including the allocation of resources among the (competing) operating divisions. 4. The separation of the general office from operations provides general office executives with the psychological commitment to be concerned with the overall performance of the organization rather than become absorbed in the affairs of the functional parts. 5. The resulting structure displays both rationality and synergy: the whole is greater (more effective, more efficient) than the sum of the parts.»

relevant d'une direction fonctionnelle commune, notre discussion devra se lire de la même manière à son égard que si le groupe en question était soumis à une seule direction réellement unique. Dans les deux cas, en effet, un organe décisionnel commun aux sociétés concernées se substitue à leurs organes sociaux : or c'est là la source du problème qui nous occupe.

Ainsi, on ne peut a priori affirmer qu'il existe dans tous les groupes à structure décisionnelle plus ou moins décentralisée une conscience et une volonté nécessairement unique et donc automatiquement imputable à chacune des sociétés dominiées. Il y aura lieu, en revanche, d'examiner dans chaque hypothèse le degré et le régime de décentralisation du groupe, l'autonomie concrète de chaque société, avant de tirer des conclusions à cet égard.

§ 2. Distinction selon la politique des transferts

Ainsi que nous l'avons suggéré précédemment⁽⁷⁹⁾, l'on peut, de manière théorique, distinguer deux sortes de transferts de patrimoine intervenant dans le cadre des groupes de sociétés. Disons d'emblée que cette distinction ne préjuge en rien de la licéité des transferts envisagés.

Le premier type est constitué par les transferts qui **n'appauvrissent pas le groupe**. Si l'on considère le groupe comme une entité, ces transferts sont effectués en son sein. Les biens transférés ne quittent pas son patrimoine qui n'est en conséquence pas diminué. L'exemple typique est celui d'un transfert opéré entre deux filiales dans l'intérêt du groupe proprement dit. Ainsi, lorsque la direction unique transfère, d'une manière ou d'une autre, des bénéfices d'une société du groupe à une autre parce que cette dernière jouit d'un régime fiscal plus favorable.

Le second type de transferts réunit tous ceux qui **appauvrissent le groupe**. Si l'on prend le groupe comme une entité, ces transferts sortent du groupe, ou en tous cas en atteignent la périphérie (par exemple un actionnaire personne physique), selon la définition du groupe que l'on adopte. Les biens ou les sommes transférés quittent le patrimoine du groupe qui est en conséquence diminué d'autant. En pareille hypothèse, l'intérêt du groupe paraît plus difficile à invoquer. L'exemple typique est ici celui du transfert d'une partie des profits du groupe à l'un de ses contrôleurs personne physique, sous forme de dividendes ou sous une quelconque autre forme («distribution cachée de bénéfices», salaire, «golden parachutes»⁽⁸⁰⁾, sous-facturation d'actifs, tantièmes ou autre).

⁽⁷⁹⁾ Voir supra, pp. 23ss.

⁽⁸⁰⁾ Il s'agit là d'un instrument qui s'est récemment développé aux USA, par lequel les directeurs de sociétés signent avec les sociétés (qu'ils contrôlent) des contrats qui prévoient le paiement en leur faveur de substantielles indemnités au cas où ils devraient quitter la société ou mettre un terme à leurs fonctions pour une raison quelconque.

Le fait de ranger un transfert particulier dans l'une ou l'autre de ces deux catégories ne signifie rien quant à son caractère licite ou justifié, ou au contraire, illicite et injustifié. Parmi les transferts qui n'appauvrissent pas le groupe, il en existe en effet de licites (par exemple un prêt sans intérêts permettant de sauver une société du groupe en difficulté) et d'illicites (si par exemple le transfert provoque le surendettement de la filiale qui en fait l'objet). De même, parmi les transferts qui appauvrissent le groupe, il en existe de licites [par exemple le paiement d'un dividende aux actionnaires (internes ou, naturellement externes)] et d'illicites (par exemple la vente d'un immeuble du groupe à la moitié de sa valeur à l'un de ses contrôleurs).

Par ailleurs du point de vue du créancier d'une société du groupe, il importe peu a priori que les transferts de patrimoine envisagés aient quitté le groupe ou qu'ils soient restés en son sein. Pour lui le résultat est le même dans les deux hypothèses car, en cas de faillite de la société dont il est créancier, seul le patrimoine de ce membre-là du groupe répondra de sa créance. C'est la raison pour laquelle les deux types de transferts ont été inclus dans notre analyse.

Il est toutefois intéressant de relever qu'à ces deux types de transferts correspondent schématiquement deux philosophies du groupe, deux politiques de transferts des ressources: ce que nous appellerons le principe des «vases communicants», d'une part (infra a.), et celui du «siphon», d'autre part (infra b.). Ces deux principes jouent un rôle important dans la suite de notre discussion.

a. Le principe des vases communicants

Le groupe est souvent géré par sa direction unique comme s'il formait une seule entité économique. Le patrimoine social de chacune des différentes sociétés qui composent le groupe est alors soumis à ce que l'on a appelé le principe des «vases communicants». La métaphore est due à CHAMPAUD:

«Des relations économiques entretenues entre les entreprises sociales et les pouvoirs exorbitants issus du contrôle permettent d'appliquer à leurs patrimoines une traduction comptable et financière du principe des vases communicants... » ⁽⁸¹⁾

Tel que nous l'entendons, ce principe consiste pour la direction unique à opérer librement des transferts de patrimoine et de ressources d'une société du groupe à

⁽⁸¹⁾ CHAMPAUD Claude, *Le pouvoir...*, op. cit. note (31), pp. 275-276 n° 367; d'autres auteurs ont repris cette terminologie significative, ainsi OPPETIT Bruno et SAYAG A., *Méthodologie d'un droit des groupes de sociétés*, *Revue des Sociétés*, 1973, pp. 577ss; DRUEY Jean-Nicolas, *Aufgaben eines Konzernrechts*, RDS 1980, vol. II, p. 376 n°199: «In diesem Sinn führt die einheitliche Vermögensbewirtschaftung nach dem Ausdruck von OPPETIT/SAYAG zu einem «System der kommunizierenden Gefässe.»

l'autre, en fonction des besoins, c'est-à-dire de l'intérêt du groupe, sans égard au précepte tout théorique de l'étanchéité des patrimoines sociaux. L'existence de ce principe au sein des groupes semble être une réalité désormais reconnue par le Tribunal fédéral lui-même. En effet, dans son arrêt de 1984 déjà cité ⁽⁸²⁾, après avoir constaté que dans certains ordres juridiques étrangers:

«Les sociétés qui font partie d'un groupe dont l'existence est ainsi officiellement reconnue perdent leur autonomie en ce sens qu'elles peuvent être amenées à gérer leurs propres affaires dans l'intérêt exclusif du groupe. Sous certaines conditions, en vertu de dispositions spéciales de la loi, la direction du groupe peut même ordonner, à l'intérieur du groupe, des transferts de ressources et de capitaux entre les diverses sociétés comme si elles étaient de simples instruments mis à sa disposition», ⁽⁸³⁾

le Tribunal fédéral déclare que la même pratique existe en Suisse:

«Dans les groupes suisses, il existe peut-être une pratique analogue à celle admise à l'étranger...», ⁽⁸⁴⁾

A cette occasion notre Cour suprême a recours à un vocabulaire pour elle totalement nouveau pour décrire cette réalité: «intérêt du groupe» ⁽⁸⁵⁾, «à l'intérieur du groupe» ⁽⁸⁶⁾, «instructions de la direction du groupe» ⁽⁸⁷⁾ et en particulier «**gestion consolidée**» ⁽⁸⁸⁾.

Il nous paraît intéressant de noter ici que, appliqué de manière absolue (par pure hypothèse de raisonnement), le principe des vases communicants a notamment pour conséquence qu'aucune des sociétés du groupe ne sera abandonnée à la faillite aussi longtemps que les autres sociétés membres pourront encore économiquement la soutenir. En cas de besoin, des capitaux seront en effet immédiatement transférés des sociétés plus solvables vers les sociétés nécessiteuses, souvent indépendamment de leur position au sein du groupe, c'est-à-dire **aussi bien si elles sont «mères» que «filles» ou «soeurs»**. La conséquence ultime de l'application de ce principe est ainsi qu'il lie le sort économique et juridique de chacune des sociétés du groupe. A la limite il conduit à l'insolvabilité simultanée de l'ensemble des sociétés du groupe au

⁽⁸²⁾ ATF K. SA du 5 avril 1984, 110 Ib, pp. 127ss = SJ 1985, pp. 105ss, 131, 132, résumé supra, p. 26.

⁽⁸³⁾ Ibidem, p. 106.

⁽⁸⁴⁾ Ibidem, p. 107.

⁽⁸⁵⁾ Ibidem, p. 107.

⁽⁸⁶⁾ Ibidem, p. 108.

⁽⁸⁷⁾ Ibidem, p. 108.

⁽⁸⁸⁾ Ibidem, p. 108.

moment où ses dernières ressources auront été consommées. C'est ce principe qui est en général à l'origine des «faillites de groupes», soit de la faillite «en chaîne» de toutes les sociétés membres d'un même groupe.

Les motifs conduisant à l'application du principe des vases communicants par la direction d'un groupe peuvent être de divers ordres. Ce sera souvent **une méthode de gestion** plus efficace du groupe pris en tant qu'entreprise, une «gestion consolidée» des ressources permettant incontestablement une meilleure rentabilité de l'ensemble. Mais ce peut être aussi **un souci de moralité** de la part de la direction unique. Certains groupes estiment en effet être tenus par un devoir moral de ne pas abandonner à la faillite une filiale en difficulté. L'exemple déjà cité de l'attitude du groupe HOFFMANN-LA ROCHE à l'égard de ses filiales GIVAUDAN SA et surtout ICMESA SpA à Seveso ⁽⁸⁹⁾ en fournit un cas d'école. Ce peut être aussi – et d'ailleurs souvent cumulativement – le souci de la préservation d'**une certaine image de marque, donc du crédit du groupe**. Comme l'a dit DRUEY:

« - vor allem: der Konzern ist mit seinem Namen engagiert, was ihn in der Regel zum vornherein davon abhält, eine nicht rentierende T(ochter) ohne Regelung der Verbindlichkeiten fallen zu lassen ». ^(89.1)

Cette réalité prend une importance particulière dans les groupes dits «bancaires» où le crédit joue un rôle fondamental, comme l'a relevé HIRSCH:

«Or, dès lors qu'en principe, dans l'intérêt du groupe bancaire lui-même, la banque mère soutient généralement ses filiales en difficulté, il en résulte que le risque de la filiale affecte économiquement le groupe tout entier. Soulignons-le encore: ce qui importe ici, ce n'est pas de savoir si la banque mère a l'obligation de soutenir sa filiale, c'est la simple constatation qu'elle le fait généralement, pour maintenir son crédit. » ^(89.2)

C'est dire que les motivations qui conduisent à la violation du principe de l'étanchéité des patrimoines n'ont pas nécessairement une connotation abusive, bien

⁽⁸⁹⁾ Voir supra, pp. 26ss.

^(89.1) DRUEY Jean-Nicolas, Aufgaben eines Konzernrechts, op. cit. note (7), p. 376 n. 199.

^(89.2) HIRSCH Alain, in: Droits et devoirs des sociétés mères et de leurs filiales, Caractéristiques et contrôle des groupes bancaires internationaux, Actes du Colloque de Bruxelles, Centre d'Etudes des Groupes d'Entreprises, 1985, pp. 455ss, 457; voir aussi dans le même sens HIRSCH Alain, La responsabilité des groupes bancaires internationaux, Travaux de l'Association Henri Capitant, Economica, 1984, pp. 479ss, 491 «Le principe de la surveillance «consolidée» n'implique nullement un jugement préalable sur la responsabilité juridique de la banque mère. Il procède simplement de la constatation que, en fait, la banque mère est amenée à soutenir ses filiales en difficulté, même si elle n'y est juridiquement pas tenue. Cette constatation suffit à justifier l'extension de la surveillance aux filiales des banques».

au contraire. En définitive en effet, le principe des vases communicants est en général appliqué dans le but de promouvoir l'intérêt du groupe dans son ensemble. Or ce dernier correspond en général à l'intérêt individuel de chacun des membres du groupe considéré, car chacun d'eux profite de la prospérité du tout. Il en découle que **le principe des vases communicants peut souvent, en dernière analyse, être considéré comme favorisant les créanciers (et actionnaires) externes de chacune des sociétés du groupe.**

Nous touchons là un problème à la fois complexe, fondamental et omniprésent dès qu'on aborde le sujet des transferts de ressources dans le cadre des groupes en général et celui de l'action révocatoire en particulier. Il s'agit de savoir si le transfert de patrimoine considéré, dont on a par hypothèse établi le caractère immédiatement préjudiciable à une filiale, n'est pas en réalité compensé, directement ou indirectement, par d'autres comportements actifs ou passifs du groupe, voire même par le seul crédit du groupe dont cette filiale profite du seul fait de son appartenance à celui-ci. Nous nous référerons par la suite à ce problème comme celui de la «**compensation indirecte**». Ce concept, conséquence du principe des vases communicants, est en étroite relation avec celui de l'intérêt du groupe. **L'on peut en effet définir le problème de la compensation indirecte comme étant celui de savoir si un transfert de ressources fait dans l'intérêt du groupe correspond en définitive à l'intérêt individuel du membre considéré du groupe.** Si c'est le cas, le transfert en question ne saurait être critiqué. Si ce n'est pas le cas en revanche, cela signifie que le membre du groupe qui a subi le transfert a été réellement victime d'un préjudice. Or, c'est ce préjudice que nous proposons d'annuler par le biais de l'action révocatoire car, comme le déclare le Tribunal fédéral dans l'arrêt déjà cité:

«En l'absence d'une réglementation spéciale, une filiale suisse ne peut valablement agir au seul profit du groupe auquel elle appartient.»⁽⁹⁰⁾

b) Le principe du siphon

Il existe d'autres groupes, certainement moins répandus, dans lesquels ce n'est pas l'étanchéité des patrimoines sociaux qui préside, ni leur perméabilité absolue, mais une semi-perméabilité, ou plutôt une perméabilité à sens unique. Ce n'est pas

⁽⁹⁰⁾ ATF K. SA du 5 avril 1984, IIO Ib, pp. 127ss = SJ 1985, pp. 105ss, 107. (C'est nous qui soulignons «au seul profit», par quoi il faut sous-entendre «et pas au profit de la filiale considérée».)

le principe des vases communicants qui est appliqué, mais celui du «siphon»⁽⁹¹⁾. Le groupe n'est plus alors géré en fonction de ses besoins propres, mais en fonction du désir de ses contrôleurs d'en tirer un rendement maximum. Il n'est pas administré dans l'intérêt du groupe, mais dans l'intérêt exclusif de ses contrôleurs. Le patrimoine du groupe est en conséquence plus ou moins systématiquement drainé en faveur de ces derniers⁽⁹²⁾. Il est clair que ce phénomène concerne également les sociétés isolées, mais il est plus fréquent et surtout plus difficile à déceler et à sanctionner dans le cadre des groupes.

Le principe du siphon a été décrit par la doctrine américaine⁽⁹³⁾ et repris par la jurisprudence de manière imagée:

«It can be said generally, that late decisions indicate increasing impatience on the part of courts with respect to «juggling» of assets between individuals and corporations owned or controlled by them, and between corporations all of which are under the same control, where it seems to be obvious that the process is merely one of skimming the cream into another jar out of reach of creditors.»⁽⁹⁴⁾

Si elle est certainement préjudiciable au groupe en tant qu'entreprise (et donc aux sociétés qui le composent), cette politique n'en est pas pour autant nécessairement illicite; a priori elle n'est même pas condamnable. Dans la perspective de notre ordre juridique le succès de l'entreprise sociale n'est pas en effet un but en soit, mais

⁽⁹¹⁾ La métaphore est empruntée à la jurisprudence américaine. Pour un exemple de «siphoning of funds of the corporation by the dominant stockholder», voir *Chatterley v. Omnico, Inc.* (1971), 26 Utah 2d 88, 485 P. 2d 667, 670, cité par *Witt Truck Brokers, Inc. v. W. Ray Flemming Fruit Co.* 540 F. 2d 681 (4th Circuit, 1976). Voir aussi d'une manière générale In re *D.H. Overmyer Telecasting Co., Inc.*, 23 B.R. 823 (1982). La doctrine et la jurisprudence américaines ont aussi utilisé d'autres images pour désigner cette première hypothèse, elles les ont par exemple appelées les «milking cases». To «milk» signifie littéralement traire, soit, au figuré, prélever systématiquement tous les profits. Traire une société a pour résultat que: «... the ... corporation cannot possibly make profits (or can at the most make nominal profits), and whereby all net income in the course of the corporation's business is drained off as operating charges of one sort or another». LATTY Elvin, op. cit. note (75), p. 138 sec. 39 et les exemples par lui cités pp. 139-140.

⁽⁹²⁾ Pour un exemple dans la pratique suisse, voir ATF 105 II, pp. 114ss = JT 1980 I pp. 86ss, 89-91 (arrêt TOGAL), dans lequel le TF rapporte que le contrôleur du groupe (Smith) drainait en sa faveur la majorité des profits par différents stratagèmes, en particulier de copieux tantièmes (Frs 440'000.— pendant la période considérée, contre Frs 19'200.— de dividendes), un loyer ridicule (Frs 13'800.— l'an) pour une villa de onze pièces avec un jardin de 6500 m² appartenant à l'une des sociétés du groupe, etc.

⁽⁹³⁾ REMINGTON, *On bankruptcy*, 1966 Supplement, Section 1650.2.

⁽⁹⁴⁾ *Palmer v. Stokely*, 255 F. Supp. 674 (1966), p. 679. Voir aussi note (91).

seulement un moyen de générer des revenus dont peuvent disposer ensuite les associés. Le problème est bien plutôt celui des limites⁽⁹⁵⁾. Aussi longtemps que la politique du siphon n'est vraiment appliquée qu'aux profits disponibles⁽⁹⁶⁾, seuls les éventuels actionnaires externes risquent d'être lésés. C'est ce qui s'est produit, par exemple, dans l'«arrêt Togonal» déjà cité, rendu par le Tribunal fédéral en 1979^(96.1). En revanche, dès le moment où le patrimoine transféré dépasse les profits disponibles, le transfert envisagé doit être considéré comme illicite. Il porte alors en effet atteinte à la partie «intouchable» de la fortune⁽⁹⁷⁾ de la société qui en est victime. A partir d'un certain stade⁽⁹⁸⁾ le capital social risque même d'être entamé, voire consommé. Les créanciers de la société sont dès lors directement lésés⁽⁹⁹⁾, car la

⁽⁹⁵⁾ Et par conséquent celui de savoir où placer cette limite. Il existe deux ensembles de règles à cet égard. Les premières, relatives à la distribution des dividendes sont destinées aux sociétés anonymes en état «normal» de fonctionnement. Les secondes, relatives à l'action révocatoire, sont destinées aux sociétés insolvables ou menacées d'insolvabilité. Nous pensons que ces deux groupes de règles limitant les transferts peuvent, parfois, s'appliquer cumulativement (voir infra, pp. 221ss).

⁽⁹⁶⁾ Certains auteurs ont alors parlé de «politique de remontée des dividendes».

^(96.1) Voir supra, note (92).

⁽⁹⁷⁾ La «fortune réservée» d'une société étant composée du capital social plus de ses réserves légales et éventuellement statutaires. Voir article 674 CO.

⁽⁹⁸⁾ Ce stade est extrêmement difficile à déterminer avec précision en pratique. Il dépend avant toute chose de la question de savoir si les actifs sont comptabilisés à leur valeur d'exploitation ou de liquidation.

⁽⁹⁹⁾ En réalité, les créanciers sont le plus souvent déjà lésés auparavant, d'une part à cause du problème de la valeur de liquidation des actifs (Voir supra, note 98), et d'autre part parce que, d'une manière générale, toute diminution de la fortune sociale de la société peut être considérée comme lézant les créanciers, car elle augmente leur risque. Voir supra p. 28, et l'article de POSNER Richard A., op. cit. note (19). Voir aussi LATTY Elvin, op. cit. note (18), p. 139: «... The parent... decreased its own business risk at the expenses of creditors by depriving the latter of the possibility of the creation of substantial assets through profits» .

fortune sociale ne suffira alors par définition plus à couvrir leurs créances. Le cas extrême est celui où une société du groupe est «vidée de sa substance»⁽¹⁰⁰⁾ ou «pillée»⁽¹⁰¹⁾, puis abandonnée à la faillite⁽¹⁰²⁾.

Il est manifeste que les actions révocatoires et en restitution de dividendes visent avant tout ce deuxième type de groupes dans lesquels le flux des transferts se produit à sens unique. Mais la réalité n'est jamais aussi évidente ni aussi tranchée. Il est rare en effet que l'on puisse dire d'un groupe qu'il poursuit systématiquement une politique de drainage des actifs sociaux et qu'il s'inscrit par conséquent totalement dans la seconde catégorie que nous venons de décrire. De tels groupes sont en définitive peu nombreux et souvent marginaux.

Dans la grande majorité des cas, même si le groupe considéré marque une certaine propension à appliquer le principe du siphon, certains actes seront tout de même accomplis dans l'intérêt du groupe lui-même; aucune généralisation n'est donc possible. C'est chaque transfert pris isolément qui doit être examiné afin d'en déterminer la réelle finalité et, partant, la licéité.

⁽¹⁰⁰⁾ Pour reprendre les termes de SANDERS P., *Projet d'un statut d'une SA européenne présenté à la Commission de la CEE, Commentaire ad article VIII 3-7 N 1*; voir aussi *infra*, note (101).

⁽¹⁰¹⁾ Les termes «vider de sa substance» ou «pillar» sont également empruntés à l'imagerie juridique étasunienne. La pratique américaine présente en effet de nombreux «looting cases». Voir par exemple *De Baun v. First Western bank and Trust Co.* 46 Cal. App. 3d 686 (1975), cité par TSCHANI Rudolf, *Amerikanische Lehren für Schweizerisches Konzernrecht?*, SAG, 1980, n° 52, pp. 65-78 note 84; voir aussi *In re Flora Mir Candy Corp.* 432 F. 2d 1060 (2d Circuit, 1970). On trouve aussi parfois le terme «wrecking» qui recouvre le même concept. Ainsi BERLE Adolf A. et MEANS Gardiner, *The Modern Corporation and Private Property*, revised edition, New York, 1967, pp. 122-123 «In the past, this adverse interest appears sometimes to have taken the extreme form of wrecking a corporation for the profit of those in control. Between 1900 and 1915 various railroads were brought into the hands of receivers as a result of financial mismanagement, apparently designed largely for the benefit of the controlling group, while heavy losses were sustained by the security holders (references). Such direct profits at the expense of a corporation are made difficult under present laws and judicial interpretations, but there are numerous less direct ways in which at least part of the profits of a corporation can be diverted for the benefit of those in control. Profits may be shifted from a parent corporation to a subsidiary in which the controlling group has a larger interest. Particularly profitable business may be diverted to a second corporation largely owned by the controlling group. In many other ways, it is possible to divert profits which would otherwise be made by the corporation into the hands of a group in control».

⁽¹⁰²⁾ Pour des exemples, voir *supra*, note (101).

SECTION III: LA SITUATION FINANCIÈRE DES SOCIÉTÉS CONSIDÉRÉES

Avant d'entrer dans le vif du sujet de l'action révocatoire, il est utile de définir et de confronter quelques concepts fondamentaux qui serviront à la suite de la discussion. Ce rappel nous paraît d'autant plus opportun que le législateur suisse lui-même a provoqué certaines controverses pour avoir confondu en particulier les concepts de «surendettement» et d'«insolvabilité».

Après avoir défini ces notions, nous analyserons ainsi (infra § 1) leur relation logique avec la faillite. Nous examinerons ensuite (infra § 2) les effets des transferts de patrimoine visés par cette thèse sur le surendettement du débiteur et les rapports de ce surendettement avec la faillite.

§ 1. Insolvabilité, surendettement et faillite

a. Insolvabilité et surendettement

L'insolvabilité et le surendettement sont deux concepts différents. L'insolvabilité est l'état dans lequel se trouve une personne lorsqu'elle est dans l'incapacité financière de payer ses dettes échues, c'est-à-dire lorsqu'elle manque des liquidités nécessaires pour faire face à ses obligations exigibles. Le surendettement est en revanche l'état dans lequel se trouve une personne lorsque ses dettes excèdent ses actifs.

Vu cette différence fondamentale, on pourrait s'attendre à ce que ces deux notions soient clairement définies et distinguées par nos lois. Tel n'est pas le cas. On rencontre au contraire dans notre ordre juridique une certaine confusion - voire certaines incohérences - dans l'usage de ces termes. L'article 725 al.2 CO en fournit un exemple. Son texte français prescrit:

«S'il existe des raisons sérieuses d'admettre que la société n'est plus solvable, un bilan intérimaire est dressé, où les biens sont portés pour leur valeur vénale.»

Le texte allemand de la même disposition traduit «n'est plus solvable» par «überschuldet ist» (est surendettée) ⁽¹⁰³⁾. Le texte italien utilise quant à lui le terme

⁽¹⁰³⁾ A propos de cette contradiction linguistique, voir l'article de BOURQUIN Gérald-Charles, La divergence apparente entre les textes allemand et français de l'article 725 alinéa 2 CO, SJ 1980, pp. 193ss.

«insolvente» (insolvable)⁽¹⁰⁴⁾. L'article 287 LP en constitue une autre illustration. Son alinéa 1 dispose en effet:

«Sont pareillement nuls les actes suivants, lorsqu'ils ont été faits par un débiteur insolvable dans les six mois avant la saisie ou l'ouverture de la faillite...»

Or pour la doctrine et la jurisprudence unanimes, il y a «insolvabilité» au sens de l'article 287 al.1 LP lorsque le passif du débiteur dépasse son actif⁽¹⁰⁵⁾, c'est-à-dire lorsque ce dernier est surendetté⁽¹⁰⁶⁾. Là aussi d'ailleurs le texte allemand traduit «insolvable» par «überschuldet» et la note marginale «nullité ensuite d'insolvabilité» par «Ueberschuldungspauliana». Le texte italien en revanche utilise ici aussi «insolvenza».

Ces exemples démontrent que notre législateur historique n'a pas toujours perçu la différence qui existe entre l'insolvabilité et le surendettement. Il semble qu'en conséquence il ait parfois utilisé un terme pour l'autre. On explique mal autrement certains illogismes (voir le texte français des alinéas 2 et 3 de l'article 725 CO⁽¹⁰⁷⁾) et certaines contradictions (voir les textes français et allemand des articles 725 al. 2 et 287 al. 1 LP). Il est probable que dans l'esprit du législateur ces deux notions étaient équivalentes, si ce n'est par l'état de fait qu'elles recouvrent, du moins par le moment de leur survenance. De fait, on peut théoriquement soutenir qu'aussi longtemps qu'une société n'est pas surendettée elle est à l'abri de l'insolvabilité. En effet, aussi longtemps que ses actifs dépassent réellement ses dettes, il lui est théoriquement possible de réaliser une partie de ses actifs pour payer ses créanciers. Dès lors, cette société ne sera réellement insolvable qu'à partir du moment où elle est surendettée. Dans cette perspective – il faut bien l'admettre, excessivement

⁽¹⁰⁴⁾ Le projet de loi sur la révision du droit des sociétés anonymes du 23 février 1983 propose de modifier l'article 725 CO de la manière suivante: article 725 CO (nouveau) : «VII. Perte de capital et surendettement 1. Avis obligatoires: 1 S'il ressort du dernier bilan annuel que la moitié du capital-actions et des réserves légales n'est plus couverte, le conseil d'administration convoque immédiatement une assemblée générale et lui propose des mesures d'assainissement. 2 S'il existe des raisons sérieuses d'admettre que la société est surendettée, un bilan intermédiaire est dressé et soumis à la vérification de l'organe de révision. S'il résulte de ce bilan que les dettes sociales ne sont couvertes ni lorsque les biens sont estimés à leur valeur d'exploitation ni lorsqu'ils le sont à leur valeur de liquidation, le conseil d'administration en avise le juge.»

⁽¹⁰⁵⁾ JT 1943 II p. 75 n° 35 et la jurisprudence citée.

⁽¹⁰⁶⁾ FRITZSCHE Hans, *Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht*, Zurich, 1968, vol. II, p. 280; JAEGER Charles, *Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite*, traduction française, non datée, Lausanne/Genève, vol. III, p. 24.

⁽¹⁰⁷⁾ L'article 725 al. 2 CO parle d'insolvabilité, alors que l'alinéa 3 de la même disposition - qui lui est complémentaire - regarde le surendettement. Cela est illogique. Cet illogisme est d'ailleurs corrigé par le projet de loi sur la révision du droit des sociétés anonymes, dont l'article 725 al. 2 (cité supra note (104)) réunit les alinéas 2 et 3 de l'article 725 CO actuel et ne s'intéresse plus qu'au surendettement.

théorique – l’insolvabilité serait la manifestation extérieure du surendettement. En d’autres termes, une société insolvable serait nécessairement surendettée. Par conséquent il suffirait de constater l’insolvabilité pour en déduire le surendettement. Cette approche comporte des avantages évidents en ce sens qu’elle évite de devoir établir positivement le surendettement, démonstration qui présente de sérieuses difficultés du point de vue du créancier.

En pratique cependant, l’assimilation de l’insolvabilité au surendettement est irréaliste. On rencontre en effet fréquemment des cas de sociétés qui sont insolubles sans être surendettées. L’inverse est également vrai. L’ordre juridique suisse a d’ailleurs lui-même reconnu cette réalité dans certains secteurs particuliers. Ainsi, en matière d’exécution forcée contre les banques, la loi fédérale sur les banques et les caisses d’épargne du 8 novembre 1934⁽¹⁰⁸⁾, instaure un train de mesures différentes selon que les banques sont surendettées (concordat bancaire ou procédure de faillite spéciale)⁽¹⁰⁹⁾, ou qu’elles sont insolubles (possibilité de prorogation des échéances ou de sursis bancaire⁽¹¹⁰⁾). Aux Etats-Unis, en matière de droit des sociétés, la plupart des Etats appliquent désormais le «dual insolvency test», qui **consiste à vérifier cumulativement l’insolvabilité et le surendettement** des sociétés avant de les autoriser à effectuer des distributions de patrimoine (sous forme de dividendes) :

«One alternative method of regulating distributions is the dual insolvency test, originally a common law doctrine, which the American Bar Association (ABA) adopted in a modern format in the new Model Business Corporation Act (model Act). The dual insolvency test prohibits distributions that cause either «equitable insolvency» or inability to pay debts as they become due (insolvabilité), or «bankruptcy insolvency», wherein total liabilities exceed total assets (surendettement). Most States currently include some form of the dual insolvency test in their distribution statutes»⁽¹¹¹⁾.

⁽¹⁰⁸⁾ Loi fédérale du 8.11.1934 sur les banques et les caisses d’épargne (LFB), chapitre XII, RS 952.0, et les ordonnances RS 852.821, RS 952.02, RS 952.831.

⁽¹⁰⁹⁾ Concordat bancaire, voir art. 37 LFB; art. 49 à 54 du Règlement LFB du 30.8.1961, RS 952.821; OTF du 11.4.1935 concernant la procédure de concordat pour les banques et les caisses d’épargne, RS 952.831, art. lss. Faillite spéciale, voir art. 35s LFB; art. 49 à 51 du Règlement LFB du 30.8.1961, RS 952.821.

⁽¹¹⁰⁾ Procédures toutefois il est vrai presque jamais utilisées en pratique, car aussi longtemps qu’elle n’est pas surendettée, la banque peut en principe trouver des liquidités. A propos de la possibilité d’une société de se procurer des liquidités aussi longtemps qu’elle n’est pas surendettée, voir supra, p. 59. A propos de la procédure de prorogation des échéances, voir art. 25ss LFB; Sursis bancaire, voir art. 29ss LFB; Règlement LFB du 30.8.1961, RS 952.821, art. 49ss; Ordonnance d’exécution de la LFB du 17.5.1972, RS 952.02, art. 55 à 61; OTF du 11.4.1935 concernant la procédure de concordat pour les banques et les caisses d’épargne, RS 952.831, art. lss.

⁽¹¹¹⁾ BEN-DROR Yoav, An Empirical Study of Distribution Rules Under California Corporations Code § 500: Are Creditors Adequately Protected?, Davis Law Review, 1983, vol. 16, p. 375ss, 379-380.

A y regarder de plus près, nous sommes d'avis que la distinction entre insolvabilité et surendettement existe implicitement dans les cas de faillite que connaît l'ordre juridique suisse. Ceux-ci peuvent en effet être schématiquement classés entre les cas de faillites à la demande d'un (ou plusieurs) créanciers et le cas de faillite à la demande du débiteur. A cette répartition correspond la distinction entre insolvabilité et surendettement ⁽¹¹²⁾. La faillite est en effet déclarée à la demande d'un créancier lorsqu'une société ne paye plus ses dettes. Cela est vrai aussi bien dans le cas ordinaire (art. 159 ss, 171-173 LP), que pour ce qui concerne les procédures spéciales de faillite sans poursuite préalable (art. 190 LP, en particulier 190 al. 2) et de faillite à la suite d'une poursuite pour effets de change (art. 177ss LP, en particulier 188, 189). Or, que ce choix soit délibéré ou non, le fait de ne pas payer ses dettes constitue l'essence même de l'insolvabilité. Celle-ci serait donc la condition fondamentale de la faillite à la demande d'un créancier en droit suisse.

Au contraire, c'est le surendettement qui est la condition fondamentale de la faillite à la demande du débiteur. La faillite d'une société anonyme est en effet déclarée à sa propre demande lorsque ses actifs ne couvrent plus ses dettes, c'est-à-dire lorsqu'elle est surendettée. Les alinéas 3 et 4 de l'article 725 CO ⁽¹¹³⁾ disposent en effet:

«3. Dès que l'actif ne couvre plus les dettes, l'administration est tenue d'en informer le juge.

4. Le juge déclare la faillite de la société ...» ⁽¹¹⁴⁾.

Cette distinction entre l'insolvabilité et le surendettement est fondamentale et constamment sous-jacente tant en matière d'action révocatoire qu'en matière d'action en restitution des dividendes. Nous serons du reste amené à y revenir à plusieurs reprises au cours de cette thèse dans des contextes plus particuliers ⁽¹¹⁵⁾, raison pour laquelle nous y avons préliminairement consacré quelques développements.

⁽¹¹²⁾ C'est là une autre manière, à nos yeux plus fondamentale, d'exprimer ce que les auteurs du projet de révision du droit des sociétés anonymes du 23 février 1983 ont formulé de la façon suivante: «Il y a deux cas de faillite de la société anonyme: l'insolvabilité et le surendettement. La première est régie par la LP, le second par le droit de la société anonyme». Message concernant la révision du droit des SA du 23 février 1983, p. 197.

⁽¹¹³⁾ Voir aussi l'article 192 LP: «La faillite des sociétés anonymes et des sociétés coopératives peut être prononcée sans poursuite préalable, dans les cas prévus aux articles 725 et 903 du Code des obligations».

⁽¹¹⁴⁾ Ce principe n'est pas remis en question par le projet de révision du droit des SA du 23 février 1983. Voir le projet d'article 725 al. 2 CO cité supra note (104) et le projet d'article 725a (nouveau) al. 1: «2. Ouverture ou ajournement de la faillite. I Au vu de l'avis, le juge déclare la faillite. II peut l'ajourner, à la requête du conseil d'administration ou d'un créancier, si l'assainissement de la société paraît possible. En pareil cas, il prend les mesures propres à maintenir l'actif social . »

⁽¹¹⁵⁾ Voir l'analyse des trois hypothèses possibles, infra, pp. 63 à 66. Le problème est évoqué infra, pp. 86ss, 99ss, 121ss, 166ss, 167ss, 175ss, 230ss.

Pour l'instant cependant et pour simplifier la discussion, nous ne distinguerons plus entre ces deux états. A défaut d'autres précisions, nous parlerons désormais seulement de **surendettement**.

b. Surendettement et faillite

Le surendettement et la faillite ne surviennent en général pas simultanément. Le surendettement est un état économique. La date de son commencement est incertaine et souvent subjective. La faillite résulte en revanche d'une décision judiciaire. Sa date est donc certaine. Il n'est pas rare qu'une société soit surendettée pendant une période assez longue avant qu'elle ne soit déclarée en faillite.

Le but d'un jugement de faillite est de constater judiciairement le surendettement d'un débiteur. Cette constatation peut en principe résulter soit d'un jugement de faillite, soit d'une décision de prise en considération d'un concordat (art. 293 ss, 316 a ss LP)⁽¹¹⁶⁾. Par mesure de simplification nous parlerons désormais de «jugement de faillite» et de «société en faillite» dans tous les cas, sans plus répéter l'alternative toujours possible.

L'objet de notre thèse est d'améliorer la protection des créanciers de sociétés de groupes surendettées. Cela ne signifie toutefois pas que les créanciers ne sont pas parfois déjà lésés lorsque le débiteur est encore in bonis⁽¹¹⁷⁾. Notre choix résulte bien plutôt d'un souci d'élaborer des solutions qui concordent avec les principes fondamentaux de notre ordre juridique. Or l'un de ceux-ci veut précisément que les créanciers d'une société ne soient réputés lésés qu'à partir du moment où la faillite a été déclarée⁽¹¹⁸⁾. Dans la logique de ce principe, ce n'est qu'à partir de ce moment là que les créanciers – ou la masse – ont qualité pour intervenir dans la procédure d'exécution forcée et intenter, le cas échéant, les actions qui nous occupent (art. 200, 285 al. 2 ch. 2, 316 L et 316 S LP; 678 ss CO).

La présomption de non-lésion des créanciers avant la faillite est cependant une pure fiction légale. C'est si vrai que cette fiction est parfois atténuée par la loi elle-

⁽¹¹⁶⁾ Pour le cas particulier des banques, voir la LF du 8.11.1934 sur les banques et les caisses d'épargne, RS 952.0, art. 29ss; et les ordonnances citées supra notes (108 à 110). Pour le cas particulier des assurances, voir en particulier les dispositions spéciales du 25 juin 1930, RS 961.03 art. 18ss.

⁽¹¹⁷⁾ Voir supra note (99).

⁽¹¹⁸⁾ Voir art. 758 CO et, pour un commentaire, PATRY Robert, Précis suisse des sociétés, vol. II, p.110.

même. De fait, **c'est là l'objet même des actions révocatoires et en restitution de dividendes**. En dernière analyse, le but de ces actions est en effet d'annuler, après la faillite, les actes préjudiciables aux créanciers qui ont été accomplis avant celle-ci. Ces actes peuvent avoir été accomplis alors que le débiteur était déjà surendetté mais pas encore en faillite (par exemple dans l'hypothèse de l'article 287 LP), voire même alors qu'il était encore in bonis (par exemple dans certaines hypothèses sanctionnées par les articles 286 et 288 LP ou 678 à 680 CO). C'est là le sujet de notre paragraphe suivant.

§ 2. Transferts, surendettement et faillite

a. Le problème

Toutes les normes que nous étudions dans le cadre de cette thèse (différents cas d'actions révocatoires et en restitution des dividendes) ont pour but commun la restitution de transferts injustifiés de ressources ou de patrimoine. Leur application est par ailleurs toujours subordonnée à la faillite du débiteur [s'agissant d'une société, sauf en cas de créance de droit publique (art. 43 LP)]. On constate en revanche que le surendettement du débiteur n'est pas nécessairement une condition d'application de ces normes: l'action révocatoire basée sur l'article 288 LP n'exige ainsi pas que le débiteur ait été surendetté au moment de l'accomplissement de l'acte révocable (à la différence de l'art. 287 LP).

En d'autres termes, si tout transfert de patrimoine a pour effet de diminuer l'actif net du débiteur, il importe de garder à l'esprit que son annulation ne dépend pas nécessairement de l'état d'endettement (ou de surendettement) du débiteur en question au moment de l'accomplissement du transfert considéré. Pour la suite de la discussion il nous paraît dès lors opportun d'illustrer les rapports possibles entre un transfert déterminé, l'état d'endettement et la faillite d'une société considérée.

b. Trois hypothèses possibles

Sachant ⁽¹¹⁹⁾ que la faillite intervient parfois simultanément avec le début du surendettement, mais souvent après, voire bien après ce moment, et que les transferts

⁽¹¹⁹⁾ Voir supra, pp. 62s.

de patrimoine ont un effet sur l'endettement (ou le surendettement) du débiteur, trois hypothèses peuvent être théoriquement distinguées ⁽¹²⁰⁾.

aa. Première hypothèse

Le transfert de patrimoine a lieu entre le début du surendettement et le prononcé de la faillite, c'est-à-dire alors que la société est déjà surendettée mais pas encore en faillite. En d'autres termes, le transfert ne cause pas le surendettement mais l'accroît.

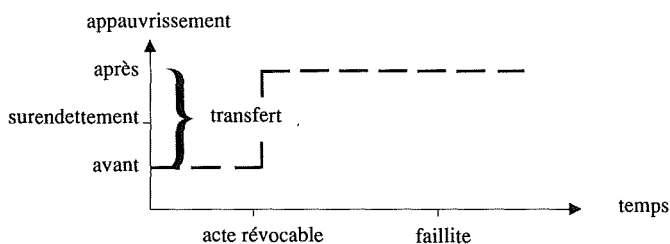
bb. Deuxième hypothèse

Le transfert de patrimoine provoque le surendettement. La société qui en est victime est «in bonis» avant le transfert, elle est surendettée immédiatement après. Le transfert est la cause directe du surendettement ⁽¹²¹⁾. La faillite est déclarée successivement.

cc. Troisième hypothèse

Le transfert de patrimoine a lieu avant que la société ne devienne surendettée et qu'elle ne tombe en faillite. Il ne cause pas le surendettement mais diminue l'actif

⁽¹²⁰⁾ Il serait possible de présenter ici un graphique à deux dimensions, avec en abscisse (dimension horizontale) le temps, et en ordonnée (dimension verticale) l'augmentation de l'appauvrissement. Un tel graphique donnerait, par exemple, pour notre deuxième hypothèse:



L'acte révocable (le transfert résultant) provoque ce que les économistes appellent une discontinuité dans la courbe.

⁽¹²¹⁾ Pour un exemple récent tiré de la jurisprudence américaine, voir *Spanier v. U.S. Fidelity and Guaranty Co.*, 623 P. 2d 19 (1980), p. 22: «The evidence shows that immediately before the conveyances, Valley Distributors had a net worth in round figures of \$ 250.000.-. Simple arithmetic shows that the transfer of \$ 360.000.- to Jenkins exceeded the corporation's net worth by \$ 110.000.-, creating a negative or deficit capital of \$ 110.000. - »

net. La société qui le subit est «in bonis» avant et après ce transfert. Elle ne devient surendettée que plus tard et sans relation directe avec le transfert considéré ⁽¹²²⁾.

c. Commentaire

A première vue, la première hypothèse est celle qui nous intéresse ici le plus directement: le transfert vient appauvrir le patrimoine de la société envisagée alors que celle-ci est déjà surendettée. Ses créanciers, en tant que classe, sont directement et nécessairement lésés. La deuxième hypothèse peut être assimilée à la première. Bien que dans une moindre mesure, les créanciers y subissent en effet aussi un préjudice certain du fait du transfert.

Ces deux premières hypothèses posent relativement peu de problèmes. Les actes qu'elles recouvrent sont en principe toujours illicites ou en tous cas annulables. Ces actes relèvent en effet typiquement de l'action révocatoire et sont également sanctionnés, le cas échéant, par l'action en restitution des dividendes. Ces actes présentent en principe un caractère frauduleux. De plus, l'état de fait qu'ils supposent est précaire, car la faillite y mettra en général assez rapidement fin.

La troisième hypothèse soulève en revanche des problèmes beaucoup plus ardues. Ceux-ci résultent de ce que ni l'action révocatoire (sauf dans le cas particulier de l'article 287 LP) ⁽¹²³⁾, ni en principe l'action en restitution de dividendes ^(123.1), n'érigent en condition d'application le fait que la victime du transfert ait été surendettée avant ou immédiatement après celui-ci. Si c'était le cas, si ces actions faisaient du surendettement initial ou résultant une de leurs conditions d'application objective, alors leur bien-fondé serait par principe exclu dans tous les cas relevant

⁽¹²²⁾ On pourrait théoriquement distinguer encore une **quatrième hypothèse** qui correspondrait au cas où, indépendamment du début du surendettement, le transfert de patrimoine a lieu après la faillite. Cette hypothèse est toutefois rare et réglée sans équivoque par l'article 204 LP qui déclare: «Sont nuls à l'égard des créanciers tous actes par lesquels le débiteur aurait disposé, depuis l'ouverture de la faillite, de biens appartenant à la masse.»

⁽¹²³⁾ Voir ATF 43 III, p. 249; FRITZSCHE Hans, op. cit. note (106), vol. II, p. 203 et ATF 89 III, p. 14: «Damit ist das Tatbestandsmerkmal der Erkennbarkeit im Sinne von Art. 288 SchKG gegeben, gleichgültig ob der Beklagte auch über die Höhe der Ueberschuldung seines Pächters bescheid wusste, wie denn übrigens die Anfechtung nach Art. 288 SchKG nicht unbedingt eine zur Zeit der betreffenden Rechtshandlung bereits vorhandene Ueberschuldung voraussetzt, sondern auch bei erst drohendem Vermögenszusammenbruch begründet sein kann».

^(123.1) Le surendettement n'est en effet pas une condition de l'action en restitution des dividendes. Celle-ci est aussi applicable dès lors que les conditions formelles prévues par le CO ne sont pas réalisées (par exemple en cas d'absence de décision approuvant le bilan annuel ou décidant le principe et le montant du dividende), indépendamment de la question de savoir si la société est ou non surendettée, donc également si celle-ci est in bonis. Voir infra, pp. 236ss, 239ss.

de cette troisième hypothèse. Etant donné que ce n'est pas le cas, on peut considérer que **tous les transferts de patrimoine**, quels qu'ils soient, **sont a priori susceptibles d'être annulés** par l'intermédiaire des actions que nous pouvons maintenant examiner.

II^{ÈME} PARTIE

L'ACTION RÉVOCATOIRE DANS LES GROUPES DE SOCIÉTÉS

CHAPITRE I: DESCRIPTION GÉNÉRALE DE L'INSTRUMENT

§ 1. Définition et historique

L'action révocatoire est un moyen du droit de la poursuite dont le but est d'annuler⁽¹²⁴⁾ les actes juridiques qu'une personne, actuellement insolvable, a conclus avec des tiers au préjudice de ses créanciers. Le but final de l'action révocatoire est, selon le Tribunal fédéral:

«de faire rendre aux biens atteints par l'acte révocable du débiteur leur destination primitive, c'est-à-dire de les mettre en état de servir à désintéresser les créanciers en les faisant tomber sous le droit d'exécution de ceux-ci.»⁽¹²⁵⁾

La ratio legis de l'action révocatoire est à rechercher dans un principe élémentaire d'équité: empêcher la favorisation injustifiée de tiers (pas nécessairement créanciers) par le débiteur. Ce principe est tellement fondamental et indiscutable du point de vue de l'idéal de justice qu'il se rencontre à notre connaissance, sous une forme ou une autre, dans tous les ordres juridiques⁽¹²⁶⁾. C'est ainsi qu'HANISCH a qualifié l'action révocatoire de «gleichsam universale Rechtsinstitut»⁽¹²⁷⁾.

⁽¹²⁴⁾ En réalité, il ne s'agit pas d'une annulation au sens technique du terme. Voir infra, p. 72.

⁽¹²⁵⁾ FAVRE Antoine, Droit des poursuites, Fribourg, 1967, p. 372; ATF 49 II, p. 74. Voir aussi l'art. 285 al.1 de l'Avant-projet de révision de la LP de 1981 qui contient une définition du but de l'action révocatoire:

«La révocation a pour but de soumettre à l'exécution forcée les biens qui lui ont été soustraits par suite d'un acte mentionné aux articles 286 à 288», et le rapport de la commission d'experts, p. 97.

⁽¹²⁶⁾ Outre les droits suisse et américain traités dans ce travail, voir aussi en Europe:

- Allemagne: art. 29ss KO
- Pays-Bas : art. 1377 Code Civil et 42ss Fw
- France : art. 1167 Code Civil et 29ss de la Loi sur la faillite de 1967
- Belgique : art. 445ss Code de Commerce
- Italie : art. 2901ss Code Civil, art. 64ss Loi sur la faillite et art. 3 al. 3 de la Loi sur les grandes entreprises de 1979.

⁽¹²⁷⁾ HANISCH Hans, Insolvenzrechtsvergleichung, Bemerkungen zum Stand des deutschen Insolvenzrechtsvergleichung, Festschrift für Stefan Riesenfeld, 1983, Berkeley, p. 62.

L'action révocatoire trouve ses origines historiques dans le droit romain classique, où elle fut introduite par le préteur Paulus ⁽¹²⁸⁾. C'est pourquoi l'action révocatoire est aussi parfois appelée action paulienne, en français ⁽¹²⁹⁾ comme en allemand ⁽¹³⁰⁾. Dans la procédure romaine, l'action révocatoire était intentée par le «curator bonorum» (curateur des biens) au nom et au profit de la masse ⁽¹³¹⁾. En ce qui concerne le droit anglo-américain, l'action révocatoire — dite «fraudulent conveyances remedy» — trouve sa source historique en Angleterre, dans le «Statute of fraudulent conveyances», une loi édictée en 1571, citée «13 Eliz. c.5» ⁽¹³²⁾.

§ 2. Action révocatoire et groupes de sociétés

Les problèmes créés par les groupes de sociétés résultent de ce que leurs caractéristiques engendrent un décalage entre le **pouvoir de contrôle**, qui se trouve dans les mains de la direction unique du groupe, et la **responsabilité**, qui demeure cloisonnée et limitée à la fortune propre de chacun des membres du groupe.

Sachant qu'elle est «l'instrument le plus important pour rétablir un équilibre entre la responsabilité et le pouvoir de disposition» ⁽¹³³⁾, l'action révocatoire devrait dès lors constituer un moyen de droit particulièrement approprié pour lutter contre les transferts injustifiés de patrimoine d'une société du groupe à l'autre. L'action révocatoire devrait même être d'autant plus sollicitée par les créanciers de sociétés de groupes insolubles que, d'une manière générale, la structure de groupe rend précisément plus faciles les transferts de patrimoine d'un membre du groupe à l'autre. Malgré cela, l'action révocatoire dans le cadre des groupes de société ne semble pas avoir trouvé la faveur des théoriciens du droit, ni de ses praticiens, du

⁽¹²⁸⁾ «In Fabiana quoque actione at Pauliana, per quam quae in fraudem creditorum alienata sunt revocantur, fructus quoque restituuntur» (Digesta Instiniani augusti 22, 1, 38, 4).

⁽¹²⁹⁾ FAVRE Antoine, op. cit. note (125), p. 372.

⁽¹³⁰⁾ Voir les titres marginaux des articles 286 à 288 LP.

⁽¹³¹⁾ FAVRE Antoine, op. cit. note (125), p. 372.

⁽¹³²⁾ RIESENFELD Stefan A., *Creditors' Remedies and Debtors' Protection*, 3rd. ed., West Publishing Co., St. Paul, Minnesota, 1979, p. 371 note 1.

⁽¹³³⁾ PAULUS Gotthard, *Sinn und Formen der Glaubigeranfechtung*, AcP 155 (1956), p. 277ss, 314: «... wichtigste Instrument zur Ausbalancierung des Verhältnisses von Haftungsordnung und Verfügungsmacht», cité par HANISCH Hans, op. cit. note (127), p. 62.

moins à en croire la doctrine très discrète sur ce point, ou la jurisprudence publiée à ce jour ⁽¹³⁴⁾.

Cette situation vient-elle de ce qu'en concours avec d'autres actions — telles les actions basées sur l'abus de droit («Durchgriff») ou l'action en responsabilité des organes — la voie de l'action révocatoire paraît moins efficace? Est-elle liée à des problèmes de prescription ou de fardeau de la preuve? Est-elle simplement la conséquence de ce que l'on ignore, ou sous-estime, la portée de l'action révocatoire dans l'environnement relativement nouveau des groupes de sociétés? Est-elle due plutôt au bon sens ou au réalisme des praticiens qui savent que le préjudice immédiat dont a apparemment souffert telle société du groupe est, en fait, compensé par le bénéfice médiat que celle-ci retire de son appartenance au dit groupe?

Cette méfiance des praticiens est-elle justifiée? En d'autres termes, l'action révocatoire constitue-t-elle un moyen de lutte efficace contre la distraction de biens sociaux dont font parfois l'objet les sociétés de groupe? A défaut, faut-il instaurer un quatrième et nouveau cas d'action révocatoire, déjà qualifié par certains auteurs de «Konzern-Pauliana», qui serait une variété spéciale d'action révocatoire destinée à obtenir l'annulation des transferts de patrimoine injustifiés au sein des groupes?

Telles sont les questions que nous nous proposons d'examiner dans la deuxième partie de cette thèse.

§ 3. Terminologie

Par mesure de simplification, nous adopterons désormais les conventions de vocabulaire suivantes.

Nous parlerons d'«**acte révocable**» pour désigner l'acte à la révocation duquel le demandeur à l'action conclut. L'acte révocable est l'acte qui a eu pour effet le transfert de patrimoine dont le demandeur entend obtenir l'annulation. Il serait bien entendu plus exact de parler d'acte «prétendument révocable», car sa révocation dépend en définitive du succès de l'action.

Nous parlerons de «**bénéficiaire**» pour désigner la personne physique ou morale qui a été enrichie par l'acte révocable.

Nous parlerons de «**débiteur**» pour désigner celui dont le patrimoine a été directement diminué par l'acte révocable.

⁽¹³⁴⁾ La doctrine et la jurisprudence suisses semblent en effet particulièrement pauvres à cet égard. En ce qui concerne les Etats-Unis, les cas de jurisprudence dans lesquels se posent des problèmes d'action révocatoire dans des groupes de sociétés sont plus nombreux, de même que l'examen de la question en doctrine. Voir infra, pp. 139ss, et en particulier LANDERS Jonathan M., A Unified Approach to Parent, Subsidiary and Affiliated Questions in Bankruptcy, The University of Chicago Law Review, vol. 42, 1975, n° 4, pp. 589ss, 594, 648ss; CLARK Robert Charles, The Duties of the Corporate Debtor to its Creditors, Harvard Law Review, vol. 90, 1977, pp. 505ss.

Nous parlerons enfin d'«**annulation**» de l'acte révocable, bien que techniquement ce terme soit inexact. En droit suisse en effet, la conséquence du bien-fondé d'une action révocatoire n'est pas l'annulation de l'acte attaqué mais seulement son inopposabilité aux créanciers ⁽¹³⁵⁾.

135. Voir infra, pp. 78 et 79.

CHAPITRE II: L'ACTION RÉVOCATOIRE DANS LES GROUPES DE LEGE LATA

A: EN DROIT SUISSE

SECTION I: PROBLÈMES GÉNÉRAUX

§ 1. Base légale ⁽¹³⁶⁾

Il n'existe, en droit positif suisse, aucune disposition spéciale qui règle l'action révocatoire dans le cas particulier des groupes de sociétés. La matière est en conséquence régie par le titre dixième de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889 (ci-après LP) ⁽¹³⁷⁾, intitulé «De l'action révocatoire», qui constitue la base légale ordinaire de l'action paulienne en droit suisse.

Le titre dixième de la LP est divisé en sept articles (numéros 285 à 292). L'alinéa 1 de l'article 285 définit le **but** de l'action révocatoire (infra, § 5, p. 78 s) et son alinéa 2 la **légitimation active** (infra, § 2, p. 74); les articles 286 à 288 énoncent les **cas de révocation** (infra, SECTION II, p. 81 ss); l'article 289, intitulé «libre appréciation des preuves», regarde le **pouvoir d'appréciation** du juge (infra, § 4, p. 77 s); l'article 290 règle la **légitimation passive** (infra, § 3, p. 74ss); l'article 291 concerne **les effets** de l'action révocatoire (voir aussi infra, § 5, p. 78 s); enfin, l'article 292, contient le délai de **prescription** de l'action (infra, § 7, p. 79 ss).

⁽¹³⁶⁾ Pour une bibliographie générale relative à l'action révocatoire en droit suisse, voir notamment: AMONN Kurt, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkurs-rechts, Berne, 1980, § 52, pp. 417ss; BAUDAT Maurice, L'action révocatoire en droit suisse, Thèse, Lausanne, 1911; BERZ Hans, Der Paulianische Rückerstattungsanspruch, Thèse, Zurich, 1960; BRAND Ernst, L'action révocatoire, FJS n° 74, pp. 1ss; FAVRE Antoine, op. cit. note (125), pp. 371ss; FITTING, F., Remarques sur l'action révocatoire, RSJ 1953, pp. 17ss; FRITZSCHE Hans, op. cit. note (106), vol. II; JAEGER Charles, op. cit. note (106), vol. III; GILLIERON Pierre-Robert, Poursuite pour dettes, faillite et concordat, Lausanne, 1985, pp. 367ss.

⁽¹³⁷⁾ RS 281.1, ci-après «LP».

§ 2. Légitimation active

Conformément à l'article 285 al. 2 LP, l'action révocatoire:

«appartient:

1. *à tout créancier porteur d'un acte de défaut de biens provisoire ou définitif;*
2. *à l'administration de la faillite ou aux créanciers, individuellement, dans les cas des articles 260 et 269, 3e alinéa.»*

Dans la perspective qui nous occupe, c'est donc en première ligne l'administration de la masse en faillite de la société du groupe qui a été victime d'un acte révocable (le débiteur) qui possède la légitimation active pour intenter l'action.

Si l'administration de la masse en question renonce à faire valoir une action révocatoire, les créanciers du débiteur peuvent obtenir la cession des droits en vertu du principe général énoncé aux articles 260 al. 1 et 269 al. 3 LP. Dans cette hypothèse les créanciers cessionnaires acquièrent en leur nom propre la légitimation active pour intenter l'action (art. 285 al. 2 ch. 2 LP)⁽¹³⁸⁾. En pareil cas le produit de l'action révocatoire, déduction faite des frais de procès⁽¹³⁹⁾, sert à couvrir en priorité les créances des créanciers cessionnaires. Seul l'éventuel excédent revient à la masse (art. 260 al. 2 LP).

Cette possibilité de cession nous paraît ouvrir une voie d'intervention intéressante en faveur des créanciers externes du groupe. Elle leur permet en effet d'acquérir — le cas échéant en se regroupant — la qualité pour agir directement contre les transferts de patrimoine qui leur paraissent suspects et que les créanciers internes du groupe (qui sont par définition en situation de conflit d'intérêts), auraient renoncé à attaquer.

En cas de concordat par abandon d'actif, le ou les liquidateurs ont qualité pour intenter l'action révocatoire (art. 316s LP). S'ils y renoncent, ainsi que la commission des créanciers, l'action sera également cédée aux créanciers qui le désirent, conformément à l'article 260 al. 1 LP auquel renvoie l'article 316 1 LP.

§ 3. Légitimation passive

L'article 290 LP, sous le titre marginal «Défendeur en matière d'action révocatoire», dispose:

«L'action révocatoire s'exerce contre les personnes qui ont traité avec le débiteur ou qui ont été payées par lui, contre leurs héritiers et les tiers de

⁽¹³⁸⁾ JAEGER Charles, op. cit. note (106), vol. III, p. 15 ad art. 285 LP; FAVRE Antoine, op. cit. note (125), p. 374; JT 1943 III, pp. 101s nos 65ss.

⁽¹³⁹⁾ GILLIERON Pierre-Robert, op. cit. note (136), p. 325.

mauvaise foi. Elle ne porte pas atteinte aux droits des tiers de bonne foi.»

Les termes employés pour la rédaction de cet article: «personnes», «héritiers», «tiers de mauvaise foi», révèlent que le législateur historique avait à l'esprit des actes révocables accomplis entre personnes physiques plutôt qu'entre personnes morales ou entre une personne morale et une personne physique. Cette remarque vaut d'ailleurs pour l'ensemble du titre dixième de la LP et explique pourquoi certaines de ses dispositions ne semblent pas, à première vue, applicables aux transferts de patrimoine intervenus au sein des groupes, car ceux-ci mettent toujours en scène au moins une société. Ceci n'enlève rien toutefois à la portée des articles 285 à 292 LP qui, moyennant s'il le faut une adéquate traduction conceptuelle, ne doivent en aucun cas être appliqués plus restrictivement lorsque l'on se trouve en présence d'un acte révocable impliquant une personne morale.

La ratio legis de l'article 290 LP est que l'action révocatoire peut être dirigée contre toute personne qui, directement ou indirectement, a acquis un avantage provenant du patrimoine du débiteur ⁽¹⁴⁰⁾. Possède en conséquence la légitimation passive toute personne physique ou morale qui a, d'une quelconque manière, bénéficié de l'acte révocable.

Dans le cadre de cet exposé nous nous intéressons en particulier à l'hypothèse dans laquelle le bénéficiaire de l'acte révocable est une personne **interne au groupe** ⁽¹⁴¹⁾. Par là, et conformément à la définition que nous avons retenue précédemment ⁽¹⁴²⁾, il faut entendre non seulement les personnes qui sont traditionnellement membres du groupe (par exemple une société soeur), mais aussi celles qui se trouvent en périphérie (par exemple une personne physique qui contrôle le groupe) ⁽¹⁴³⁾. Ceci est conforme à notre choix initial d'appréhender aussi bien les transferts qui restent au sein du groupe et qui donc ne l'appauvrissent pas, que ceux qui sortent du groupe, et qui donc l'appauvrissent ⁽¹⁴⁴⁾.

L'action révocatoire sera dirigée en premier lieu contre le bénéficiaire immédiat de l'acte révocable. Mais l'article 290 LP réserve aussi la possibilité d'actionner «le tiers de mauvaise foi». Par là il faut entendre toute personne qui a profité de l'acte considéré, alors qu'elle en connaissait ou aurait dû en connaître le caractère révocable ⁽¹⁴⁵⁾. Cette extension de la légitimation passive est intéressante à double titre dans le contexte des groupes de sociétés. Nous pensons d'une part que le

⁽¹⁴⁰⁾ JT 1943 II, p. 103 et les références citées.

⁽¹⁴¹⁾ Pour la signification du terme «interne», voir supra, pp. 43ss.

⁽¹⁴²⁾ Voir supra, pp. 38ss.

⁽¹⁴³⁾ Voir à ce sujet, supra, pp. 41ss.

⁽¹⁴⁴⁾ Voir à ce sujet, supra, pp. 50ss: Distinction selon la politique des transferts.

⁽¹⁴⁵⁾ FAVRE Antoine, op. cit. note (125), p. 374 V n° 2; FRITZSCHE Hans, op. cit. note (106), vol. II, pp. 289-290; JAEGER Charles, op. cit. note (106), vol. III, pp. 54 à 57 ad art. 290 LP.

concept de mauvaise foi doit recevoir un traitement particulier s'agissant de sociétés de groupe. Celles-ci sont en effet soumises à une direction unique, c'est-à-dire à une conscience et à une volonté uniques⁽¹⁴⁶⁾. Nous croyons dès lors que la réalisation de la condition de la mauvaise foi peut être d'une manière générale présumée en cas de transfert entre internes au groupe, **car ce qui est connu par la direction unique du groupe peut être imputé à chacun des internes, c'est-à-dire réputé connu par ceux-ci.** L'alinéa 2 de l'article 3 CCS peut à notre avis constituer la base légale de cette exception au principe de la présomption de bonne foi^(146.1). Nous reviendrons plus avant sur cette opinion⁽¹⁴⁷⁾.

Cela étant, le fait de pouvoir actionner aussi des tiers, soit des personnes qui ne sont pas directement parties à l'acte révocable, permet d'autre part d'appréhender si nécessaire ceux qui ont bénéficié indirectement du transfert. Dans les limites de la mauvaise foi, cette faculté devrait ouvrir, le cas échéant, une action contre toutes les personnes internes au groupe qui ont profité de l'enrichissement du bénéficiaire immédiat. Nous pensons ici en premier lieu aux autres sociétés du groupe et aux contrôleurs de celui-ci.

En principe donc, l'article 290 LP permet d'actionner toute personne interne au groupe qui a bénéficié de l'acte envisagé, même indirectement, dès lors qu'elle en connaissait ou qu'elle aurait dû en connaître le caractère révocable. Sans vouloir entrer dans des hypothèses d'actions révocatoires non spécifiques aux groupes, il est intéressant de relever que l'article 290 LP permet aussi de s'en prendre à un acte révocable dont a bénéficié une personne externe au groupe. Tel serait le cas par exemple du créancier externe d'une société de groupe qui, connaissant ou ayant dû connaître le caractère révocable de l'acte considéré, a été payé par une autre société du même groupe, si cette dernière tombe subséquentement en faillite. La masse en faillite de celle-ci sera à notre avis fondée à réclamer la révocation du paiement effectué par la société faillie en lieu et place de la société du groupe réellement débitrice. Ainsi certaines communautés publiques italiennes, dans l'exemple inspiré de l'affaire SEVESO que nous avons précédemment formulé⁽¹⁴⁸⁾ auraient pu être obligées de rembourser à la masse les montants reçus de la société mère du groupe, si celle-ci — par pure hypothèse de raisonnement — était tombée en faillite avant l'échéance du délai de prescription de l'action.

⁽¹⁴⁶⁾ Voir supra, p. 38ss.

^(146.1) A propos de l'article 3 al. 2 CCS, voir KOLLER Alfred, *Der gute und der böse Glaube im allgemeinen Schuldrecht*, thèse, Fribourg, 1985, pp. 36ss. La doctrine et la jurisprudence suisses évoluent dans le sens d'une plus grande sévérité dans l'appréciation de la bonne foi: la connaissance effective des faits concernés n'est plus exigée pour nier la bonne foi, le doute que l'on a ou que l'on aurait dû avoir suffit désormais. Cf. KOLLER Alfred, *ibidem*, pp. 29s., Nos 106 et 107.

⁽¹⁴⁷⁾ Pour l'interprétation à donner à la condition de mauvaise foi dans les groupes, voir *infra*, pp. 96s.

⁽¹⁴⁸⁾ Voir supra, pp. 26s.

§ 4. Fardeau et appréciation de la preuve

Sous le titre marginal «libre appréciation des preuves», l'article 289 LP dispose:

«Le juge statue librement, en tenant compte des circonstances, sur les constatations dérivant des articles 286 à 288.»

La signification et la portée de cette disposition, en apparence banale, ne sont pas évidentes. C'est sans doute pourquoi elle n'est en pratique que rarement invoquée.

Comme l'indique son titre marginal, l'article 289 LP ne concerne pas la répartition du fardeau de la preuve, mais le pouvoir d'appréciation du juge. Il s'agit là, en principe, de deux problèmes différents.

Pour ce qui est du fardeau de la preuve, l'action révocatoire demeure régie par le principe général de l'article 8 du Code civil suisse (CC)⁽¹⁴⁹⁾. C'est en d'autres termes au demandeur à l'action révocatoire qu'il incombe de prouver les faits sur lesquels il fonde sa prétention. Dans le contexte des groupes de sociétés, où les relations sont à la fois complexes et secrètes, ce fardeau peut toutefois s'avérer excessivement lourd, constituant un obstacle en pratique considérable du point de vue des créanciers externes⁽¹⁵⁰⁾.

S'il ne le renverse pas, l'article 289 LP nous paraît devoir être interprété comme atténuant le principe strict de l'article 8 CC. L'article 289 LP est en effet une disposition de procédure qui a pour but d'imposer aux cantons le principe de la libre appréciation des preuves^(150.1). Par l'article 289 LP le législateur fédéral a de fait voulu garantir dans tous les cantons un tempérament à la rigueur de la répartition du fardeau de la preuve dans un domaine où les éléments constitutifs de l'action apparaissent particulièrement difficiles à démontrer. Cette difficulté ne réside pas seulement dans la preuve des conditions subjectives, telle la «bonne foi» des articles 290 ou 291 al. 1. LP, l'«ignorance» de l'article 287 al. 2 LP, l'«intention» ou la «conivence» de l'article 288 LP. On s'y heurte aussi fréquemment lors de l'établissement des conditions objectives, telles que le «prix notablement inférieur à la valeur de sa prestation» de l'article 286 al. 2 ch. 1 LP ou que l'existence d'une créance, d'une dette ou d'un préjudice, conditions communes à tous les cas de révocation.

Cela étant, l'article 289 LP n'instaure qu'une faculté non contraignante qui appartient de toute manière déjà au juge dans la plupart des droits cantonaux. Tout dépend dès lors de l'esprit d'initiative du juge. Comme le relève FRITZSCHE⁽¹⁵¹⁾:

⁽¹⁴⁹⁾ JAEGER Charles, op. cit. note (106), vol. III, p. 48 ad art. 289 LP et GILLIERON P.-R., Poursuites pour dettes, faillite et concordat, 1985, p. 380.

⁽¹⁵⁰⁾ Voir infra, pp. 90ss.

^(150.1) GILLIERON P.-R., op. cit. note (149), p. 380.

⁽¹⁵¹⁾ FRITZSCHE Hans, op. cit. note (106), vol. II, p. 292.

«In der Hand eines ängstlichen am Buchstaben klebenden Richters konnte sich die Aufhebung leicht als undurchführbar erweisen.»

A l'opposé, l'article 289 LP garantit au juge la faculté de pouvoir tenir compte des particularités d'une action révocatoire lorsqu'elle est intentée dans le cadre de la faillite d'une société de groupe. Cette disposition peut lui permettre, par exemple, de sanctionner le refus de la direction d'un groupe de collaborer à l'administration des preuves. Il s'agit là d'une application du but même de l'article 289 LP au cas particulier des groupes. Comme le disait au début du siècle déjà JAEGER d'une manière qui nous paraît aujourd'hui parfaitement appropriée au problème qui nous occupe:

*«..., ce pouvoir de libre appréciation se manifestera spécialement dans les cas où la preuve proprement dite d'une allégation ne peut être rapportée pour la raison qu'il s'agit d'un fait **interne** ⁽¹⁵²⁾....*

*Il s'ensuit que le juge pourra tenir compte de la circonstance que les faits litigieux se sont passés entre **parents** ⁽¹⁵²⁾ **ou entre personnes qu'unissent une étroite communauté d'intérêt** ⁽¹⁵³⁾ et se montrer en conséquence moins exigeant en ce qui concerne les preuves du demandeur et plus rigoureux, au contraire, pour celles du défendeur.» ⁽¹⁵⁴⁾.*

En lisant cette citation de JAEGER on se demandera si le groupe de sociétés est autre chose qu'une «famille» de personnes morales ou en tous cas s'il n'est pas précisément constitué de personnes (morales et éventuellement physiques), qu'«unissent une étroite communauté d'intérêt». Le vocabulaire auquel doctrine et jurisprudence ont recouru spontanément dans le domaine: sociétés soeurs, filles, mères, cousines, affiliées, apparentées, ne laisse à notre avis planer aucun doute à cet égard.

§ 5. But et effets de l'action

L'article 285 al. 1 LP dispose:

«L'action révocatoire à pour but de faire prononcer la nullité des actes énumérés aux articles 286 à 288.»

En réalité et contrairement à ce que laisse clairement entendre l'interprétation littérale de cette disposition, l'action révocatoire n'aboutit pas à la nullité de l'acte attaqué. Cet acte demeure en effet pleinement valable entre les parties; il devient

⁽¹⁵²⁾ En italique dans le texte, souligné par nous.

⁽¹⁵³⁾ Souligné par nous.

⁽¹⁵⁴⁾ JAEGER Charles, op. cit. note (106), vol. III, pp. 50-51 ad art. 289 LP.

seulement inopposable aux créanciers du failli ⁽¹⁵⁵⁾. Il serait donc plus exact de parler d'**inopposabilité** plutôt que de nullité ou d'annulabilité ⁽¹⁵⁶⁾.

En ce qui concerne les effets plus concrets de l'action révocatoire, l'article 291 LP règle les questions relatives à la restitution mutuelle des prestations. On notera que son alinéa 3 limite l'obligation de restitution du donataire de bonne foi au montant actuel de son enrichissement.

§ 6. For

S'agissant d'une action personnelle, le for de l'action révocatoire est celui du domicile du défendeur, à moins que le droit cantonal en dispose autrement ^(156.1). En ce qui concerne les personnes morales, seront donc compétents les tribunaux de leur siège statutaire ⁽¹⁵⁷⁾. Nous faisons abstraction ici de l'hypothèse dans laquelle le siège statutaire d'une société s'avère fictif ou purement formel ⁽¹⁵⁸⁾.

Lorsque la révocation d'un acte est demandée par voie d'exception dans le cadre de l'action en contestation de l'état de collocation, le for est celui de l'action, c'est-à-dire du juge qui a prononcé la faillite du débiteur (art. 250 LP). C'est là une faculté importante pour la masse car elle lui permettra de se prévaloir — devant son juge «naturel» — de la nullité d'actes révocables à l'égard des membres du groupe dont on a rejeté les créances (internes) et qui agissent en conséquence en contestation de l'état de collocation et ce, nécessairement, au for de la faillite du débiteur.

⁽¹⁵⁵⁾ Ce point a été tranché en droit suisse par le Tribunal fédéral dans ATF 26 II, pp. 204ss, 214. Voir aussi BRAND Ernst, op. cit. note (136), p. 1; JAEGER Charles, op. cit. note (106), vol. III, 2 A ad art. 291 LP; FRITZSCHE Hans, op. cit. note (106), vol. II, p. 276; BAUDAT Maurice, op. cit. note (136), p. 210.

⁽¹⁵⁶⁾ Avant-projet de la commission d'experts chargée de réexaminer globalement la LP, décembre 1981. Voir aussi le rapport de la commission d'experts, p. 97. Par simplicité, nous continuerons cependant à parler de «nullité». Voir à ce propos la convention de vocabulaire que nous avons adoptée supra p. 72.

^(156.1) ATF 50 I, p. 384.

⁽¹⁵⁷⁾ FAVRE Antoine, op. cit. note (125), p. 373; FRITZSCHE Hans, op. cit. note (106), vol. II, p. 290.

⁽¹⁵⁸⁾ Dans un tel cas, le lieu de l'activité effective du bénéficiaire pourrait servir de for. Voir à ce propos: FRITZSCHE Hans, op. cit. note (106), vol. II, pp. 290-291, et ATF 50 I, pp. 383ss, 385 «En revanche, il est non moins clair que les exceptions aux tempéraments que la jurisprudence a apportés à l'application de l'art. 59 peuvent être également invoquées en matière d'action révocatoire. Ce qu'il importe dès lors de rechercher en l'espèce, c'est si les circonstances sont telles qu'elles justifient une dérogation au principe de l'exclusivité du for du domicile. 3. - L'activité d'un agent d'affaires a surtout un but lucratif; à beaucoup d'égards elle a le caractère d'une exploitation commerciale. Dans la mesure, par conséquent, où elle suppose l'existence d'une installation permanente, on ne voit aucun motif de la soustraire aux règles applicables aux établissements commerciaux. Ainsi en a-t-on jugé pour les exploitations agricoles (cf. RO 30 I p. 666) et à plus forte raison, semble-t-il, doit-il en être de même dans l'hypothèse envisagée en l'espèce. Or, comme l'instance cantonale le relève à juste titre, il est de jurisprudence

§ 7. Prescription

L'article 292 LP dispose:

«L'action révocatoire se prescrit par cinq ans à partir de l'acte vicieux.»

Par «acte vicieux» il faut entendre l'acte révocable. Délicate est en revanche la question de savoir si le délai de l'article 292 LP peut ou non être interrompu. La réponse à cette question dépend de la nature juridique de ce délai: s'agit-il d'un délai de prescription, donc interruptible, ou d'un délai de péremption, donc non interruptible? Après une longue controverse, la question a été définitivement résolue dans un arrêt du Tribunal fédéral de 1973 ⁽¹⁵⁹⁾ qui tranche en faveur d'un caractère mixte dans le sens suivant: contrairement à ce que laisse supposer le titre marginal de l'article 292 LP, il ne s'agit pas d'un délai de prescription pur, mais d'un délai de péremption (ou plus exactement d'une condition de la naissance de la prétention, mais de toute manière d'un délai non interruptible) jusqu'à la faillite et d'un délai de prescription (donc interruptible) à partir de celle-ci. L'ouverture de la faillite (ou la délivrance d'un acte de défaut de biens dans les cinq ans à compter de l'acte vicieux) est donc une condition de la naissance du droit à l'annulation. Si cette condition est réalisée, l'action révocatoire se prescrit par cinq ans dès l'acte révocable. Les dispositions de l'article 135 du Code des obligations sur l'interruption de la prescription s'appliquent.

Signalons que l'avant-projet de révision de la LP de décembre 1981 propose de prolonger de cinq à dix ans la durée du délai ⁽¹⁶⁰⁾.

L'article 292 LP n'est pas la seule disposition qui limite le champ d'implication temporel de l'action révocatoire. Il ne faut pas perdre de vue en effet que les actions découlant des articles 286 et 287 LP sont elles-mêmes déjà soumises à une condition temporelle interne très limitative ⁽¹⁶¹⁾. Les conditions d'application objectives de ces deux dispositions réduisent en effet la possibilité d'intenter action aux actes accomplis durant les six mois qui précèdent la faillite. Dans ces deux hypothèses

constante que l'art. 59 ne met pas obstacle à ce que le propriétaire d'un établissement commercial ou industriel, exerçant une activité propre et jouissant d'une indépendance relative, soit recherché devant les tribunaux du for de cet établissement pour les réclamations personnelles dont la cause remonte à son exploitation, quand bien même il se trouverait avoir son domicile ordinaire ou général dans un autre canton (cf. RO 40 I p. 666; 34 I p. 701).» Le recours au principe dit du «siège social» (Sitzthéorie) pourrait permettre, à la lumière en particulier de l'arrêt précité, de rechercher le bénéficiaire d'un acte révocable au for de la direction unique du groupe, au motif que c'est en réalité elle qui constitue le siège effectif de l'administration du bénéficiaire considéré.

⁽¹⁵⁹⁾ Arrêt Masse en faillite L'Eplattenier c. Rudolf Geiser-Junzinger du 1er novembre 1973, ATF 99 III, p. 32ss = JT 1975 II, p. 2ss. Voir l'arrêt en question pour de nombreuses références sur le problème et un résumé des tendances doctrinales.

⁽¹⁶⁰⁾ Voir infra, pp. 264 s.

⁽¹⁶¹⁾ Voir infra, pp. 85 et 98 s.

c'est en général ce délai de six mois — qui court en quelque sorte rétroactivement dès le jugement de faillite — qui fera obstacle à l'action, et non pas celui de l'article 292 LP ⁽¹⁶²⁾.

SECTION II: LES CAS DE RÉVOCATION

§ 1. Perspectives

a. Celle du créancier externe

Dans cette section nous nous proposons de passer en revue les différents cas de révocation énumérés par la loi. Notre perspective est celle des créanciers externes d'une société en faillite de groupe. Les actes dont nous envisageons la révocation sont ceux qui ont entraîné des transferts de patrimoine au sein du groupe, ou plus exactement entre différentes personnes internes au groupe ⁽¹⁶³⁾.

b. De lege lata

Notre discussion est fondée sur le droit positif suisse. Nous sommes cependant nécessairement amené à suggérer des interprétations possibles et nouvelles de ce droit car, à notre connaissance, l'action révocatoire n'a pas encore été utilisée dans le contexte des groupes. Cela dit, nous pensons que toutes nos considérations demeurent *intra legem* ⁽¹⁶⁴⁾.

§ 2. Généralités

Les cas de révocation sont:

A. La nullité des libéralités (*Schenkungs pauliana*), article 286 LP, (*infra* Sous-Section A, p. 84 à 97);

B. La nullité ensuite d'insolvabilité (*Überschuldungs pauliana*), article 287 LP, (*infra* Sous-Section B, p. 97 à 102);

⁽¹⁶²⁾ La combinaison des conditions temporelles énoncées aux articles 286 (ou 287) LP et 292 LP signifie en effet qu'une donation faite 6 mois et 1 jour avant la faillite n'est pas révocable (sauf si 288 LP est applicable), alors qu'une donation faite 6 mois avant la faillite est révocable dans les 4 ans et demi après celle-ci.

⁽¹⁶³⁾ Pour la définition du terme «interne», voir *supra*. pp. 43ss.

⁽¹⁶⁴⁾ Pour des considérations et des propositions de *lege ferenda*, voir *infra*, IVème partie, pp. 249ss.

C. La nullité ensuite de dol (Deliktspauliana), article 288 LP, (infra Sous-Section C, p. 103 à 137).

Les articles 286 et 287 présentent deux caractéristiques qui les distinguent nettement de l'article 288 LP. D'une part, ces deux dispositions connaissent des conditions d'application très précises, voire casuistiques. Ce fait semble devoir leur conférer un champ d'application relativement limité en matière de groupes de sociétés. C'est en tous cas l'avis des quelques auteurs qui se sont penchés sur la question et qui ne se sont en conséquence intéressés qu'à l'article 288 LP ⁽¹⁶⁵⁾.

D'autre part cependant, les articles 286 et 287 LP n'énoncent que des conditions d'application objectives. C'est là un avantage incontestable pour le demandeur, avantage qui devrait leur attirer les faveurs de la pratique, en particulier lorsque l'on connaît la difficulté que représente la démonstration de la réalisation des conditions subjectives de l'article 288 LP. Cela ne semble toutefois pas être le cas. Sans doute principalement parce que ces deux dispositions «objectives» ne concernent que les actes accomplis «dans les six mois avant la déclaration de faillite» ⁽¹⁶⁶⁾, c'est-à-dire dans un délai en pratique trop bref, alors que l'action basée sur l'article 288 LP, vise en principe tous les actes, «quelle que soit leur date», sous la seule réserve de l'article 292 LP.

On peut légitimement se demander si le délai de six mois des articles 286 et 287 LP est encore satisfaisant de nos jours, sachant que le jugement de faillite intervient souvent bien après que ses conditions matérielles ont été réalisées. De fait, cette limitation temporelle paraît doublement inadéquate. Elle l'est du fait de la durée du délai qu'elle prévoit, mais aussi du point de départ de ce délai. Le délai de six mois court en effet rétroactivement à partir du jugement de faillite. Ce dies a quo est inopportun, car il n'est pas rare que ce soit le débiteur lui-même qui décide la date de sa faillite. C'est en effet lui qui choisit de déposer son bilan (725 al. 3 CO) ou qui peut décider de cesser ses paiements (LP). Cette remarque est plus pertinente encore lorsque le débiteur est une société de groupe. Le moment de la faillite est alors souvent décidé par la direction du groupe qui peut à sa guise prolonger la survie du débiteur en lui fournissant les liquidités nécessaires à payer ses dettes ou, au contraire, précipiter sa faillite en le rendant insolvable. La jurisprudence américaine fournit des exemples de ce genre.

Dans l'affaire COMSTOCK, la société mère et direction unique du groupe (MOP), fit en sorte que sa filiale (NOTM), bien que fondamentalement déficitaire,

⁽¹⁶⁵⁾ Ainsi PETITPIERRE-SAUVAIN Anne, op. cit. note (7), p. 136 n° 176 «Contrairement aux art. 286 et 287 LP qui s'appliquent dans des conditions trop particulières, l'action prévue à l'art. 288 LP peut s'adapter aux groupes de façon tout à fait générale». DALLEVES Louis, op. cit. note (7), p. 680 in fine: «La loi sur la poursuite pour dettes et la faillite énumère trois cas d'action révocatoire. Les deux premiers (...) visent des hypothèses particulières qui, pour le sujet qui nous occupe, sont d'un intérêt plus limité».

⁽¹⁶⁶⁾ Délai prolongeable dans certains cas particuliers (voir art. 316 s al. 2 et 317 g al. 3 LP).

demeure in bonis et solvable. Elle y parvint en lui faisant, selon les besoins, attribuer des dividendes par la filiale de NOTM, une société BROWNSVILLE, quand bien même cette dernière ne remplissait pas les conditions juridiques pour pouvoir procéder à une telle distribution ⁽¹⁶⁷⁾.

Dans l'affaire MID-TOWN, d'autre part, sachant apparemment que le délai de péremption de l'action révocatoire était de 4 mois à compter de l'acte révocable, la direction du groupe attendit 4 mois et 4 jours après le transfert révocable pour déposer le bilan du débiteur ⁽¹⁶⁸⁾.

La doctrine suisse est consciente de ce problème. C'est ainsi que BERZ propose, de lege lata, d'accorder une prolongation du délai des articles 286 et 287 LP dans tous les cas où c'est une situation juridique qui a empêché les créanciers d'agir à temps⁽¹⁶⁹⁾. Par ailleurs, les auteurs de l'avant-projet de révision de la LP ont également prévu d'augmenter substantiellement ce délai⁽¹⁷⁰⁾. C'est pourquoi, à la différence de la doctrine existante sur ce point ⁽¹⁷¹⁾, nous pensons qu'il se justifie de s'attarder ici sur la portée des articles 286 et 287 LP dans le contexte qui nous occupe (infra, sous-section A et B).

Il faut bien reconnaître cependant qu'en l'état, c'est essentiellement l'article 288 LP qui semble devoir servir de base aux interventions révocatoires dans les groupes. Outre son applicabilité moins limitée dans le temps, cette norme est en effet de portée plus large et plus souple quant à ses éléments constitutifs que ne le sont les dispositions spéciales des articles 286 et 287 LP. L'article 288 LP présente toutefois, en doctrine classique, l'inconvénient considérable d'exiger la réalisation de deux conditions subjectives distinctes dont le fardeau de la démonstration repose entièrement sur le demandeur. Nous pensons cependant que l'application des principes d'ores et déjà développés par la jurisprudence suisse en relation avec un examen attentif des caractéristiques des groupes de sociétés permettent de conclure, de lege lata, que les deux conditions subjectives de l'article 288 LP sont considérablement

⁽¹⁶⁷⁾ Comstock v. Group of Institutional Investors et al., 335 US 211 (1948), pp. 211ss, en particulier 240 à 247. Il est vrai que le but de la direction unique n'était, en l'espèce, pas seulement d'éviter que NOTM ne dépose son bilan. Il était surtout de permettre à NOTM de verser à cette direction unique (MOP) de substantiels dividendes. Mais la question de principe reste la même, il ne s'agit que d'une différence de degré.

⁽¹⁶⁸⁾ In re Mid-Town Produce Terminal, Inc., Bankrupt. G.J. Sinclair v. James R. Barr, 599 F.2d 389 (1979), pp. 389ss.

⁽¹⁶⁹⁾ Voir à ce sujet BERZ Hans, op. cit. note (136), p. 78: «War der glaubiger wegen eines Rechtsvorschlages an der Weiterführung der Betreuung verhindert, so kann während dessen Beseitigung, ebenfalls die Frist der Art. 286 und 287 ablaufen. Eine Verlängerung, oder ein Stillstand während des Beseitigungsverfahrens müsste per analogiam auch in einem solchen Fall gewährt werden».

⁽¹⁷⁰⁾ Voir infra, pp. 264s., les articles 286 al. 1 et 287 de l'avant-projet de la commission d'experts chargée de réexaminer globalement la LP, adressé au Département fédéral de justice et police en décembre 1981.

⁽¹⁷¹⁾ Voir supra, note (165).

assouplies dans le domaine des groupes, ce qui a pour résultat de donner à l'article 288 LP un intérêt considérablement accru. Nous consacrerons ainsi à cette disposition un examen approfondi (infra, sous-section C).

SOUS-SECTION A: ARTICLE 286 LP

§ 1. But

L'article 286 a la teneur suivante:

«Toutes donations et dispositions à titre gratuit, à l'exception des cadeaux usuels, sont nulles, si elles ont été faites dans les six mois avant la saisie ou la déclaration de faillite.

Sont assimilés aux donations:

- 1. les actes par lesquels le débiteur a accepté un prix notablement inférieur à la valeur de sa prestation;*
- 2. les actes en vertu desquels le débiteur a constitué en sa faveur ou en faveur d'un tiers, une rente viagère ou un usufruit.»*

Cette disposition a pour but de permettre aux créanciers lésés dans la faillite d'obtenir la révocation des libéralités faites par le failli en faveur de tiers⁽¹⁷²⁾. Par libéralités il faut entendre tous les actes qui, en tout (286 al. 1 LP) ou en partie (286 al. 2 LP), constituent des donations ou des actes de disposition à titre gratuit, à l'exception des «cadeaux usuels»⁽¹⁷³⁾. Le principe d'équité sous-jacent à cette disposition est qu'il est inacceptable qu'à l'orée de la faillite un débiteur s'appauvrisse volontairement au profit de tiers, alors que le restant de son patrimoine s'avère insuffisant à désintéresser ses créanciers.

§ 2. Deux conditions objectives

L'article 286 LP n'énonce que deux conditions d'application: le délai (infra a.) et une donation simple ou mixte (infra b.). Ces deux conditions sont objectives⁽¹⁷⁴⁾. Nous nous demanderons cependant si ce caractère purement objectif n'est pas tempéré par la preuve libératoire subjective que constitue l'article 291 a1. 3 LP (infra § 3).

⁽¹⁷²⁾ Pour quelques exemples, voir JT 1943 II, p. 68.

⁽¹⁷³⁾ GILLIERON Pierre-Robert, op. cit. note (136), pp. 370-371.

⁽¹⁷⁴⁾ JAEGER Charles, op. cit. note (106), vol. III, p. 18, n° 1.

a. Le délai

L'acte révocable doit avoir été accompli dans les six mois qui précèdent l'ouverture de la faillite ⁽¹⁷⁵⁾. Nous avons déjà mentionné qu'à nos yeux ce délai est à la fois inadéquat quant au jour à partir duquel il court et excessivement limitatif quant à sa durée ⁽¹⁷⁶⁾. Pour le surplus cette condition ne pose pas de problème particulier.

b. La condition spécifique: une donation simple ou mixte

aa . Principe

L'acte attaqué doit avoir été accompli à titre gratuit ou partiellement gratuit ⁽¹⁷⁷⁾. Sont visées en première ligne les donations faites par l'insolvable (art. 286 al. 1 LP). C'est là la forme la plus triviale, la plus choquante et souvent la plus évidente d'acte révocable. Elle est rarement utilisée par la direction des groupes qui préfèrent recourir à des formes plus subtiles de transferts, en particulier aux donations mixtes sanctionnées par l'art. 286 al. 2 LP.

L'article 286 al. 2 LP vise en effet deux catégories d'actes qui sont assimilés aux donations. La première d'entre elles (art. 286 al. 2 ch. 1^o LP) présente ici un intérêt particulier. Cette disposition prévoit en effet:

«Sont assimilés aux donations:

1. les actes pour lesquels le débiteur a accepté un prix notablement inférieur à la valeur de sa prestation;»

Il s'agit là du «negotium cum donatione mixtum» (donation mixte) ⁽¹⁷⁸⁾.

bb. Application aux groupes en général

Dans les groupes de sociétés les transferts de patrimoine prennent les formes les plus diverses.

⁽¹⁷⁵⁾ Délai prolongeable dans certains cas particuliers (voir les articles 316 s al. 2 et 317 g al. 3 LP et GILLIERON Pierre-Robert, op. cit. note (136), p. 371). Selon BERZ, ce délai est également prolongeable - ou ne court pas - lorsque c'est une situation juridique qui a empêché le créancier d'agir. Ce n'est là cependant qu'une opinion isolée en doctrine, voir supra, note (169). Pour une prolongation du délai de lege ferenda, voir infra, Chapitre III, pp. 264s.

⁽¹⁷⁶⁾ Voir supra, pp. 82s.

⁽¹⁷⁷⁾ JAEGER Charles, op. cit. note (106), vol. III, p. 22, n^o 8; AMONN Kurt, op. cit. note (136), p. 390, ch. 52 II, n^o 2; GILLIERON Pierre-Robert, op. cit. note (136), pp. 370-371.

⁽¹⁷⁸⁾ Voir à ce propos CAVIN Pierre, Traité de droit privé suisse, Tome VII, 1, p. 178.

«Par exemple, les transferts de fonds de société à société peuvent emprunter de multiples canaux: dividendes; «royalties» résultant d'accords de licences, de brevets de «know-how», de marque; redevances de location-gérance d'éléments incorporels de fonds de commerce; loyers de location d'immeubles ou de matériel; commissions de vente; honoraires d'assistance ou de gestion; cession d'éléments d'actifs; intérêts de capitaux empruntés en compte courant d'associé par exemple, etc.»⁽¹⁷⁹⁾

A notre avis, dans le cadre des groupes de sociétés, ces différents modes de transfert peuvent être *prima facie* divisés en deux catégories relativement distinctes⁽¹⁸⁰⁾ qui correspondent aux deux alinéas de l'article 286 LP:

- alinéa 1: Les transferts de patrimoine effectués comme tels, sans contre-prestation: en particulier les paiements de dividendes (infra 1°).
- alinéa 2: les transferts de patrimoine dissimulés, opérés sous le couvert d'une contre-prestation apparente: d'une manière générale tous les transferts effectués à l'occasion d'un contrat synallagmatique prétendument équilibré (infra 2°).

1°. Les paiements de dividendes

Les paiements de dividendes (et autres formes de participation aux bénéficiaires⁽¹⁸¹⁾) par une filiale à sa société mère constituent un mode fréquent de transfert de patrimoine dans les groupes de sociétés. La question à leur égard est de savoir s'il s'agit d'actes de disposition à titre onéreux ou à titre gratuit. En faveur de la première thèse, il y a lieu de rappeler qu'un dividende peut être fondamentalement considéré comme la rémunération du capital-risque investi par l'actionnaire dans une entreprise, donc la contre-prestation de cet investissement et du risque y afférent. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le paiement de dividendes par une société à ses actionnaires est autorisé par notre législateur, pourvu toutefois que soient respectées certaines conditions tant formelles que matérielles prévues par le CO, et en particulier certaines limites liées à la situation patrimoniale de la société qui les effectue.

⁽¹⁷⁹⁾ PAILLUSSEAU Jean, La filiale commune et les groupes de sociétés, op. cit. note (26), p. 37.

⁽¹⁸⁰⁾ On peut discerner cette distinction chez DALLEVES Louis, op. cit. note (7), p. 599: «La politique financière est, nous l'avons vu, une prérogative essentielle de la direction unique. Elle consiste à centraliser les ressources pour les affecter en fonction des besoins. Pour atteindre ce but, la direction dispose de nombreux moyens. Le plus classique consiste à transférer à la société dominante les bénéfices réalisés par les sociétés dominées (soit sous forme de dividendes, soit en vertu d'un contrat de transfert de bénéfices, etc.). Mais en réalité la direction unique intervient déjà à un stade antérieur et utilise divers procédés qui lui permettent, en cours d'exercice, d'effectuer des transferts de patrimoine, de revenus ou de charges entre les diverses sociétés dominées, ou entre elles et la société dominante».

⁽¹⁸¹⁾ Tantièmes et intérêts intercalaires, art. 657ss CO. Nous faisons abstraction ici de la donation pure et simple, car elle est rare et, en tout cas, pas caractéristique.

Malgré cela, il faut admettre que le but du paiement d'un dividende n'est pas un échange de prestation, mais bien un transfert de patrimoine. Le résultat du paiement d'un dividende par une société est en effet son appauvrissement, respectivement l'enrichissement de son actionnaire. Dans cette perspective, le paiement d'un dividende par une société à ses actionnaires paraît donc, à première vue, correspondre à l'état de fait envisagé par l'article 286 al. 1 LP.

Il existe donc conceptuellement un certain conflit, voire une certaine contradiction, entre l'action révocatoire (en particulier l'art. 286 al. 1 LP, dont le but est la restitution des montants transférés à titre gratuit par le débiteur, même s'il était in bonis au moment du transfert) et les normes du CO sur la distribution de dividendes qui autorisent précisément des transferts sans contre-prestation, c'est-à-dire des actes dont l'effet est d'appauvrir la société.

C'est là un problème délicat qui fait l'objet de la troisième partie de cette thèse consacrée aux rapports entre l'action révocatoire et l'action en restitution de dividendes. Disons à ce stade que si le paiement d'un dividende respecte toutes les conditions de validité posées par le CO ⁽¹⁸²⁾, alors l'action révocatoire, bien que théoriquement possible, est en principe nécessairement infondée, même si le paiement intervient dans les six mois qui précèdent la faillite.

Si le paiement de dividendes ne répond qu'aux conditions formelles du CO ⁽¹⁸³⁾, mais pas à ses conditions matérielles ⁽¹⁸⁴⁾, alors il peut à notre avis être annulé aux conditions posées par les articles 678 à 680 CO, en concours avec les articles 286 à 288 LP.

Si, par contre, ce paiement de dividendes ne respecte pas les conditions formelles posées par le CO, alors il ne s'agit pas d'un dividende au sens technique du terme. Cet acte peut à notre avis être révoqué en vertu de l'article 286 LP (et 288 LP) ou, alternativement, de l'article 678 CO, à moins qu'il ne soit déjà nul de plein droit comme le prétendent certains auteurs, de manière à nos yeux excessive ⁽¹⁸⁵⁾. Sont ici visés en particulier tous les transferts communément appelés «distributions cachées de dividendes» ou «de bénéfiques». Comme nous le verrons, ces derniers ne sont en réalité pas des dividendes au sens du CO ⁽¹⁸⁶⁾. Leur existence et les problèmes qu'ils soulèvent ont été mis en lumière principalement dans la perspective du droit fiscal. Ce type de transfert constitue en effet une forme répandue d'évasion fiscale. Le fisc, dans sa perspective propre, a eu recours à une interprétation basée sur la réalité économique pour imposer ces transferts occultes de la même manière que

⁽¹⁸²⁾ Voir *infra*, pp. 233ss.

⁽¹⁸³⁾ Approbation du bilan annuel par l'assemblée générale et décision de payer un dividende, voir *infra*, p. 235.

⁽¹⁸⁴⁾ Voir *infra*, pp. 244ss.

⁽¹⁸⁵⁾ La nullité de plein droit est en effet préconisée par certains auteurs. Voir *infra*, pp. 239ss.

⁽¹⁸⁶⁾ Pour une définition et une discussion plus substantielle, voir *infra*, pp. 236ss.

s'ils étaient d'authentiques dividendes, d'où leur appellation de dividendes cachés. En bonne systématique ils devraient être en réalité discutés ci-dessous (infra 2°), avec les autres modes de transferts dissimulés de patrimoine car ils n'en diffèrent en rien.

Nous pensons en conclusion qu'à moins qu'un paiement de dividende soit formellement et matériellement valable au sens du CO, il est révocable en tant qu'acte de disposition à titre gratuit en vertu de l'article 286 alinéa 1 LP. Ce caractère révocable ne préjuge en rien du succès d'une action basée sur les articles 678 à 680 CO. Il existe donc en l'occurrence un concours alternatif entre l'action basée sur l'article 286 al. 1 LP et celles découlant du CO. Nous renvoyons pour plus de détails à la troisième partie de cette thèse ⁽¹⁸⁷⁾.

Cela étant, ce premier cas de révocation demeure assez théorique en l'état actuel de notre droit, du fait de la brièveté déjà dénoncée ⁽¹⁸⁸⁾ du délai de péremption de l'article 286 LP.

2°. Les transferts dissimulés de patrimoine

Le plus souvent toutefois les transferts de patrimoine effectués entre membres d'un groupe ne sont pas opérés ouvertement. La raison de ce caractère occulte réside en ce que, il faut bien l'admettre, les transferts en question sont souvent destinés à léser un (ou plusieurs) créancier externe du groupe. Ce créancier est en général le fisc du pays du siège de la filiale considérée ⁽¹⁸⁹⁾, ce qui nous préoccupe assez peu dans la perspective de cette thèse car le fisc, à la différence des créanciers externes ordinaires, dispose de moyens d'intervention suffisants pour faire respecter ses droits. A titre d'exemple de son arsenal, nous nous limiterons à mentionner ici le recours à l'interprétation basée sur la «réalité économique», la «reprise d'impôt», la théorie du «siège effectif» ou la notion d'«établissement stable» ^(189.1), sans oublier de puissants moyens d'investigation, telle la révision fiscale. Mais ces transferts destinés à réduire la «charge fiscale du groupe» peuvent aussi porter indirectement préjudice à d'autres créanciers externes, en particulier si la filiale qui subit le transfert devient par la suite insolvable.

⁽¹⁸⁷⁾ Infra, III^e Partie, pp. 221ss.

⁽¹⁸⁸⁾ Voir supra, pp. 82s.

⁽¹⁸⁹⁾ Voir par exemple l'ATF K. SA du 5 avril 1984, ATF II 0 Ib, p. 127 = SJ 1985, pp. 105ss. Pour un exemple de transfert à des fins fiscales, voir l'affaire Marc Rich, citée infra, note (272).

^(189.1) Voir à ce propos le judicieux commentaire du professeur Jacques-André REYMOND relatif à la reconnaissance en droit civil des sociétés étrangères créées dans les «paradis fiscaux» mais qui est ici aussi pleinement pertinent: «Le droit fiscal peut, et il a su déjà, se donner indépendamment les moyens - grâce à la théorie du siège effectif, ou à la notion de l'établissement stable, ou, encore, par des règles de transparence et d'imputation - de lutter, quand et comme il le juge nécessaire, contre la fraude et l'évasion liées à l'existence ou à la localisation artificielles de personnes morales suisses ou étrangères. Il est au surplus sage de laisser le législateur fiscal se débattre seul dans les inévitables contradictions d'un droit naturellement très politisé et très territorial» (SJ 1987 p. 376).

Il arrive aussi que les transferts soient directement destinés à porter préjudice aux créanciers non fiscaux de la filiale. Ce sont là les «looting cases» (cas de "pillage d'entreprise") mis en lumière par la jurisprudence aux USA ⁽¹⁹⁰⁾. Ces cas sont toutefois plus rares et présentent en général un caractère illicite qui ouvre d'autres voies d'intervention.

Il arrive également que ces transferts soient destinés à — ou aient pour effet de — léser les actionnaires externes, lorsque la direction unique du groupe décide de faire apparaître des bénéfices dans une filiale qu'elle contrôle à 100% plutôt que dans une société à laquelle participent également des tiers. Parfois enfin, les transferts sont simplement destinés à affecter les ressources financières du groupe dans tel secteur plutôt que dans tel autre, pour des motifs de gestion répondant à l'intérêt du groupe, sans intention de léser quiconque.

Quel que soit leur but, ces types de transferts sont tous dissimulés sous le couvert d'un échange de prestation en apparence équilibré dont la cause alléguée est, en général, un contrat synallagmatique. De nombreux auteurs ont reconnu et décrit ce fait. Ainsi DALLEVES:

«Mais en réalité, la direction ⁽¹⁹¹⁾ intervient déjà à un stade antérieur et utilise divers procédés qui lui permettent, en cours d'exercice, d'effectuer des transferts de patrimoine, de revenus ou de charges entre les diverses sociétés dominées, ou entre elles et la société dominante. Contentons-nous d'énumérer les plus fréquents de ces procédés. Ce sont:

- *la fixation des prix d'achat ou de vente des produits circulant entre les sociétés; ces prix sont souvent fixés sans référence aux prix «objectifs» du marché, ce qui permet à la direction de faire en sorte que le bénéfice soit réalisé par une société plutôt que par une autre ⁽¹⁹²⁾;*
- *la facturation des services prestés aux sociétés dominées (conseil de «management», publicité, statistique, comptabilité, etc);*
- *la fixation des redevances dues en vertu de contrats de licence, de «know-how»;*

⁽¹⁹⁰⁾ Voir à ce propos supra, note (101).

⁽¹⁹¹⁾ DALLEVES vise ici la direction unique du groupe.

⁽¹⁹²⁾ Dans le même sens, voir aussi DALLEVES Louis, op. cit. note (7), p. 682: «... vendre ses produits à des prix inférieurs à ceux du marché libre, etc.». Nous pensons que le seul fait de ne pas vendre des biens au prix du marché ne réalise pas la condition objective de l'article 286 LP. En effet, si une société A du groupe s'oblige à acheter à B, une autre société du groupe, la totalité de sa production au prix de 80 alors que le prix du marché est de 100, le contrat en question n'est pas nécessairement révocable. Le fait même que A achète à B la **totalité** de sa production justifie la différence (ou en cas une différence) de prix. Il en va de même pour un contrat à long terme.

- l'octroi par la société dominante de prêts aux sociétés dominées, à des taux d'intérêts plus ou moins avantageux, etc.»⁽¹⁹³⁾

Le point commun entre chacun de ces procédés réside en ce que la valeur de la prestation effectuée par le membre du groupe bénéficiaire de l'acte révocable est inférieure à celle de la prestation qui lui est faite par le membre du groupe lésé par cet acte. Il en résulte un transfert de patrimoine équivalent à la différence de valeur entre les prestations échangées. Cette différence de valeur donne la mesure dans laquelle les créanciers du débiteur failli sont frustrés d'un actif. Elle est l'élément qui réalise la condition d'application objective spécifique de l'article 286 a 1.2 ch.1 LP.

Précisons que ce que nous appelons d'une manière générale «transfert de patrimoine» peut être effectué sous forme de transfert d'un actif aussi bien que d'un passif (par exemple une reprise de dette), d'un revenu (par exemple des royautés) aussi bien que d'une charge (faire supporter par exemple à telle filiale les frais de publicité du groupe) :

Rappelons également^(193.1) que ces transferts sont en pratique effectués, en fonction de la politique des contrôleurs, aussi bien au détriment des filiales et en faveur de la société mère que l'inverse, ou qu'au détriment d'une filiale et en faveur d'une autre. Dans tous les cas l'action révocatoire est applicable. **C'est d'ailleurs ce qui renforce considérablement son intérêt au sein des groupes par rapport aux autres voies de droit.**

Quoi qu'il en soit, ces transferts sont en général dictés par la direction unique. C'est elle qui décide le principe, le moment et la mesure du transfert, comme l'a d'ailleurs déjà relevé la doctrine⁽¹⁹⁴⁾.

cc. Application à un groupe en particulier

L'application à un cas d'espèce des considérations théoriques auxquelles nous venons de nous livrer soulève souvent des problèmes de preuve qui sont en pratique extrêmement délicats. Il s'agit principalement de déterminer et de démontrer la valeur de chacune des prestations échangées. Celle-ci constitue en effet la clef de voûte de l'action judiciaire. Les obstacles sont tant objectifs (lorsque la prestation n'a pas de prix de marché) (infra, 1°), que subjectifs [dans les cas de «compensation indirecte» (infra, 2°) ou lorsque la valeur de la prestation est tenue secrète (infra, 3°)].

⁽¹⁹³⁾ DALLEVES Louis, op. cit. note (7), p. 599; voir aussi PETITPIERRE-SAUVAIN Anne, op. cit. note (7), p. 17, n° 33. Pour des exemples concrets, voir en particulier infra, notes (269) et (272) et RUEDIN Roland, Vers un droit des groupes de sociétés, op. cit. note (7), pp. 172ss.

^(193.1) Voir supra, pp. 31 et 51.

⁽¹⁹⁴⁾ Voir DALLEVES Louis, cité supra, p. 89 et PETITPIERRE-SAUVAIN Anne, op. cit. note (7), p. 17, n° 33.

La particularité des groupes de sociétés n'est pas qu'ils créent ces obstacles qui sont inhérents à toute action révocatoire (sauf la «compensation indirecte» qui résulte de l'état de groupe). Elle est de les accentuer considérablement .

La portée de notre discussion sur ces questions ne se limite pas au cas particulier de l'article 286 LP. Elle vaut pour tous les cas d'action révocatoire dans les groupes. De fait, les problèmes que nous discutons ci-dessous auraient pu faire l'objet d'un chapitre distinct. Pour leur donner plus de relief, nous avons préféré toutefois les examiner à l'occasion de notre examen de l'article 286 LP et nous y référer par la suite.

1°. L'absence de prix

Il est parfois impossible de déterminer la réelle valeur d'une prestation. La raison la plus fréquente de cette impossibilité réside dans le fait qu'il n'existe pas de marché du bien considéré ⁽¹⁹⁵⁾. S'il n'y a pas de marché il n'y a donc pas de prix, car celui-ci naît de la rencontre d'une offre et d'une demande.

Le phénomène de l'absence de marché est classique. Lorsque l'on est en présence de sociétés indépendantes et concurrentes, il y est remédié par le fait que chacune de ces sociétés va **négoier** le prix qui soit le plus favorable à son intérêt propre. Dans le cas d'un groupe de sociétés ce phénomène régulateur n'a toutefois pas lieu. Le prix n'est pas négocié par les parties, mais **dicté** par la direction unique. C'est le cas, par exemple, en cas d'intégration verticale, lorsqu'une société du groupe située en amont de la chaîne de production livre un composant particulier à une autre société du groupe qui procède au montage. C'est le cas ensuite lorsque la société qui a procédé au montage livre le produit fini à la société chargée de la vente. C'est aussi souvent le cas lorsque la prestation envisagée est complètement immatérielle. Ainsi, lorsqu'un membre du groupe fournit une activité de consultant («consulting»), de «management», de recherche, ou communique des connaissances techniques particulières (brevets, know-how) ou met à disposition des marques ou des modèles protégés.

Dans le cas qui nous occupe, cette difficulté est encore accrue par le fait que l'article 286 LP exige non seulement une différence de valeur entre les prestations, mais encore que cette différence soit **notable**. Il faut bien admettre que cette notion juridique imprécise ne vient pas simplifier la tâche du juge dans un domaine où son pouvoir d'appréciation est déjà éminemment sollicité. Dans certains domaines techniques ou spécialisés il pourra, il est vrai, requérir des expertises. C'est même souhaitable. Toutefois, pour accomplir leur mission, les experts eux-mêmes doivent avoir accès à l'information. Or celle-ci peut leur échapper autant et pour les mêmes raisons qu'au juge ou au demandeur.

⁽¹⁹⁵⁾ DALLEVES Louis, op. cit. note (7), p. 600.

2°. *La compensation indirecte*

Etant admis que la valeur de la prestation considérée ait pu être établie, et que celle-ci est inférieure à celle de la contre-prestation correspondante, on se gardera de conclure trop hâtivement à l'existence d'un acte révocable. Sans y revenir, on rappellera en effet la problématique extrêmement délicate de ce que nous avons appelé la «compensation indirecte»⁽¹⁹⁶⁾. Rappelons qu'il s'agit en substance de la question de savoir si le dommage immédiat subi par la société victime de l'acte révocable est ou non compensé par les éventuels avantages que celle-ci tire d'autres opérations internes au groupe, voire même de sa seule appartenance à ce dernier.

3°. *L'absence de divulgation*

3.1. *Le problème*

Dans les groupes de sociétés, seule la direction unique a accès à la totalité des informations relatives aux sociétés qu'elle contrôle. Elle seule connaît les tenants et les aboutissants de chaque opération. Elle seule jouit d'une vue consolidée du groupe. Or cette vue d'ensemble est précisément indispensable à qui veut déceler et démontrer d'éventuels transferts révocables. De son côté, chacun des membres du groupe ne dispose souvent que d'informations limitées à lui-même, parfois à une division ou à une partie seulement du groupe. Il est dès lors manifeste que l'information dont dispose chacun des membres pris isolément (et a fortiori celle dont disposent leurs actionnaires et leurs créanciers externes) est insuffisante pour permettre de mener à bien une action révocatoire.

Il découle de cela que l'action judiciaire est bien souvent vouée à l'échec si la direction unique (ou les quelques personnes qui détiennent l'information) ne collabore pas à l'établissement de la preuve. Mais, pour des raisons évidentes, ces détenteurs de l'information refusent en général de communiquer les renseignements et les chiffres dont ils savent qu'ils seront peut-être utilisés contre eux. Ils cherchent notamment à justifier leur silence:

- en invoquant simplement la répartition du fardeau de la preuve;
- en se retranchant derrière la pluralité juridique des sociétés en cause;
- en objectant qu'ils ne sont pas partie à la procédure;
- en se prévalant du secret des affaires.

3.2. *L'obligation de divulguer*

Il convient de se demander si les objections que nous venons d'énumérer sont acceptables ou s'il existe, au contraire, un certain devoir de divulgation à l'égard du

⁽¹⁹⁶⁾ Pour une définition de ce concept, voir supra, p. 54.

juge, voire à l'égard de la société victime de l'acte révocable considéré ou de ses ayants droit.

Il semble que l'obligation de divulguer doive être déniée si l'on se fonde sur la conception classique du droit suisse. Selon celle-ci, en effet, chaque membre du groupe est indépendant et n'est tenu qu'à ses obligations propres, tant dans l'optique du droit matériel qu'en ce qui concerne les règles de procédure. Mais il nous paraît que cette conception «atomiste» puisse être ici nuancée.

Il existe en effet à nos yeux et dans une perspective pratique, plusieurs raisons pour lesquelles le groupe pourra être amené — voire contraint — à livrer les informations qui nous intéressent. Il se peut tout d'abord qu'un groupe, sans y être juridiquement obligé, communique **spontanément** les informations qui lui sont réclamées. Nous l'avons vu ^(196.1), les raisons à cela peuvent être diverses. Ce peut être — et cet argument n'est pas à sous-estimer — que le groupe désire préserver son image de marque ou son crédit. Ce peut être aussi que la direction du groupe espère ainsi éviter que l'administration de la masse — ou le juge — ne se montre trop mal disposé à l'égard des créanciers internes.

A défaut de collaboration spontanée, nous pensons qu'il existe dans la LP **une certaine obligation de collaboration** du failli à l'égard de l'office des faillites et de l'administration de la masse. Cette obligation peut trouver son fondement dans les articles 222 al.1, 228, 229 et 244 LP ⁽¹⁹⁷⁾. S'agissant d'une personne morale, cette obligation incombe à ses organes légaux. A notre avis, on peut soutenir qu'elle incombe également à la direction unique du groupe en tant qu'organe de fait du failli, bien que cette opinion ne puisse se prévaloir d'aucun précédent, ni en jurisprudence, ni en doctrine. Ce point de vue n'est cependant qu'une application du principe toujours plus répandu en matière de responsabilité des organes des sociétés anonymes, selon lequel les mêmes obligations incombent aux organes de fait qu'aux organes légaux ⁽¹⁹⁸⁾. Par ce biais, dans certaines espèces, il pourrait être exigé de la direction effective du failli — c'est-à-dire de la direction unique du groupe — des informations qu'elle seule parfois détient.

Les propositions que nous venons de formuler ne sont toutefois que des palliatifs. En l'état, le demandeur à l'action révocatoire ne possède et n'obtient souvent aucune des informations nécessaires au succès de son action. S'il décide malgré tout d'agir en justice, il prend un sérieux risque d'être débouté, étant donné que c'est à lui qu'incombe malgré tout le fardeau d'au moins un début de preuve.

^(196.1) Voir supra, p. 53.

⁽¹⁹⁷⁾ AMONN Kurt, op. cit. note (136), pp. 349 et 350.

⁽¹⁹⁸⁾ Pour un cas d'application de la théorie de l'administrateur de fait en matière de responsabilité des organes d'une SA, voir ATF 107 II, p. 349 = JT 1982 I, pp. 173ss, 177 et la doctrine citée par le TF à l'appui de son arrêt.

3.3. Les conséquences de la non-divulgation

Ce déboutement ne nous paraît cependant pas fatal. En effet, ainsi que nous l'avons soutenu dans la section I de ce chapitre ⁽¹⁹⁹⁾, l'article 289 LP garantit une certaine atténuation de la rigueur de la répartition du fardeau de la preuve en matière d'action révocatoire. Dans ce cas particulier, cette disposition rappelle au juge qu'il a la faculté de sanctionner le refus d'un groupe de collaborer de bonne foi à l'administration de la preuve, en lui permettant de se montrer moins exigeant à l'égard du demandeur en ce qui concerne la démonstration des éléments constitutifs de l'action.

3.4. Renversement du fardeau de la preuve?

L'on peut se demander si, en se basant sur les circonstances particulières propres aux groupes de sociétés et en prenant appui sur le principe de la libre appréciation des preuves garanti par l'article 289 LP, le juge ne pourrait pas franchir un pas supplémentaire et aller jusqu'à renverser le fardeau de la preuve du caractère équilibré des transactions intervenant entre sociétés de groupe. Ce n'est là qu'une suggestion de notre part dont nous réalisons la carence de base légale suffisamment claire de lege lata. Elle mérite toutefois d'être mentionnée, car elle a pour résultat d'offrir une solution simple et pratique au problème considérable que représente pour le créancier externe la démonstration de la réalisation de la condition objective de l'art. 286 LP (et, comme nous le verrons, de l'art. 288 LP).

Il est intéressant de relever que notre proposition est appliquée d'une manière générale par la jurisprudence aux Etats-Unis, sans base légale stricto sensu, dans tous les cas où deux sociétés sont soumises à une «administration commune» (c'est-à-dire à une direction unique). En pareille hypothèse, l'administration commune supporte le fardeau de la preuve du caractère équitable et équilibré («inherent fairness»⁽²⁰⁰⁾) de toutes les transactions intervenues entre les sociétés qu'elle domine. Ce principe a été rappelé par BUXBAUM dans un article relatif à la protection des actionnaires externes de sociétés de groupes, mais qui vaut également ici:

⁽¹⁹⁹⁾ Voir supra, pp. 77s.

⁽²⁰⁰⁾ Voir par exemple *In re Mid-Town Produce Terminal, Inc., Bankrupt*. G.J. Sinclair v. James R. Barr, 559 F.2d 389 (1979), p. 392: «(3) Because there is incentive and opportunity to take advantage, dominant shareholders and other insiders' loans in a bankruptcy situation are subject to special scrutiny. *Pepper v. Litton*, 308 U.S. 295, 306-307y 60 S.Ct. 238, 245, 84 L.Ed. 281 (1979) declared: «Their dealings with the corporation are subjected to rigorous scrutiny and where any of their contracts or engagements with the corporation is challenged the burden is on the director or stockholder not only to prove the good faith of the transaction, but also to show its inherent fairness from the view-point of the corporation and those interested therein». *Geddes v. Anaconda Copper Mining Co.*, 254 V.S. 590, 599, (41 S.Ct. 209, 212, 65 L.Ed. 425). The essence of the text is whether or not under all the circumstances the transaction carries the earmarks of an arm's length bargain. If it does not, equity will set it aside. (footnote omitted).»

« a) «Self-dealing»

Verträge zwischen Konzernunternehmen sind zwar grundsätzlich wirksam. aa) In der Entscheidung *Geddes v. Anaconda mining Co.* hat der Federal Supreme Court aber für den Fall, dass die «Directors» der an einem Vertrag beteiligten Gesellschaften identisch waren, ausgeführt: «Die treuhänderischen Beziehungen der «Directors» zu ihrer Gesellschaft sind von solcher Bedeutung, dass die Rechtsordnung Verträge zwischen Gesellschaften mit identischen «Directors» ebenso misstraurisch betrachtet, wie Geschäfte zwischen einer Gesellschaft und eine Mitglied der Geschäftsführung». Wird die Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung eines solchen Geschäft angezweifelt, so trifft den «Director» bzw. die Gesellschaft die Beweislast über die Angemessenheit. Dieser «intrinsic fairness test», der heute, wie schon oben angedeutet, vielfach durch Gesetz vorgesehen ist, umfasst demnach zweierlei, nämlich

- eine umfassende Angemessenheitskontrolle einzelner Massnahmen und
- eine Umkehr der Beweislast.»⁽²⁰¹⁾.

§ 3. Une condition subjective?

a. Principe

L'article 286 LP ne connaît en principe pas de condition d'application subjective⁽²⁰²⁾. Ce principe est toutefois atténué par le fait que, conformément à l'article 291 al.3 LP:

«Le donataire de bonne foi n'est tenu à restitution que pour le montant dont il se trouve enrichi.»

Au terme de cette disposition, «donataire» doit être interprété largement. Il englobe aussi le bénéficiaire des actes assimilés aux donations visées par l'article 286 al. 2 ch.1 LP, c'est-à-dire le bénéficiaire des donations mixtes⁽²⁰³⁾. Est de «bonne foi» le donataire qui n'a pas pu se rendre compte que l'acte dont il a profité pouvait être soumis à révocation⁽²⁰⁴⁾. Tel sera le cas lorsque:

⁽²⁰¹⁾ BUXBAUM Richard M., SCHNEIDER Uwe H., Die Fortentwicklung und der Konzernklage im amerikanischen Recht, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, n° 11, avril 1982, pp. 199ss, 218. Le principe cité par ces auteurs vaut de manière très générale en droit américain dans tous les cas de transactions entre membres d'un même groupe. Voir à ce propos en particulier les arrêts In re Mid-Town Produce Terminal, Inc., 599 F.2d 389 (1979), pp. 392-393 et United Tiwing Company v. Phillips, 242 F.2d 627 (1957).

⁽²⁰²⁾ JAEGER Charles, op. cit. note (106), vol. III, p. 18; FAVRE Antoine, op. cit. note (125), p. 376.

⁽²⁰³⁾ JAEGER Charles, op. cit. note (106), vol. III, p. 69; FAVRE Antoine, op. cit. note (125), p. 386.

⁽²⁰⁴⁾ FAVRE Antoine, op. cit. note (125), p. 366.

«... pour lui l'intention du donateur de porter, par la donation ou d'une façon illicite, préjudice à ses créanciers ou de favoriser certains d'entre eux, n'était pas reconnaissable.»⁽²⁰⁵⁾.

La preuve de sa bonne foi incombe, bien entendu, au donataire de l'acte révocable⁽²⁰⁶⁾. Il s'agit donc, à proprement parler, plus d'une preuve libératoire que d'une véritable condition subjective.

b. Portée dans les groupes

Quelle est la portée de l'exception de bonne foi de l'article 291 al. 3 LP dans les groupes de sociétés? La réponse à cette question doit, à notre avis, être nuancée en fonction de la plus ou moins grande centralisation décisionnelle du groupe considéré⁽²⁰⁷⁾.

S'agit-il d'un groupe très centralisé, dont les sociétés composantes ne sont pas autonomes mais totalement soumises à une direction unique qui a orchestré l'acte révocable? Alors le juge devra, par principe, rejeter l'exception de bonne foi. En effet, puisque la direction unique est en réalité organe à la fois de la victime et du bénéficiaire de l'acte révocable, puisque donc leur conscience et leur volonté se confondent, la connaissance du transfert et celle de la situation financière du débiteur doivent leur être imputés pareillement à tous deux. On voit mal dans cette hypothèse les organes légaux du bénéficiaire de l'acte révocable clamer leur bonne foi. S'ils se sont soumis à la direction du groupe, organe de fait, les actes et la connaissance de celle-ci doivent leur être imputés.

S'agit-il d'un groupe moins centralisé? Il y aura alors lieu d'examiner attentivement si, compte tenu des circonstances, le bénéficiaire de l'acte pouvait ignorer le transfert et ses conséquences. Ce faisant, le juge dispose d'une large marge d'appréciation, étant donné qu'il appartient au bénéficiaire de l'acte révocable de prouver sa bonne foi.

Ainsi, et quelle que soit la situation d'espèce, nous pensons que le juge ne devra en règle générale admettre qu'avec réserve la bonne foi au sens de l'art. 291 al. 3 LP au sein d'un groupe de sociétés. L'on peut en effet partir de l'idée que l'unité économique que constitue le groupe recouvre, sinon une unité de connaissance, en tous cas une plus grande reconnaissabilité de la valeur de prestations échangées, de la situation financière de chaque membre du groupe et des conséquences internes de

⁽²⁰⁵⁾ JAEGER Charles, op. cit. note (106), vol. III, p. 68, n° 6 ad art. 291 LP.

⁽²⁰⁶⁾ JAEGER Charles, op. cit. note (106), vol. III, p. 68.

⁽²⁰⁷⁾ Voir à ce propos nos remarques préliminaires, pp. 46ss, en particulier 46 à 50.

chaque opération. Il s'agit là de «circonstances», au sens de l'article 3 al. 2 CCS, qui permettent de présumer en principe la mauvaise foi des internes ^(207.1).

§ 4. Conclusion

Les transferts de patrimoine au sein des groupes sont en général effectués soit de façon patente, sous forme de dividendes ou autre forme de distribution de l'«excédent» actif, soit de façon dissimulée, sous le couvert d'un échange contractuel prétendument équilibré. Les paiements de dividendes échappent à l'article 286 LP s'ils sont formellement et matériellement valables aux yeux du CO. Par contre, la plupart des transferts dissimulés remplissent la condition objective spécifique de l'article 286 al.2 LP et sont donc révocables. C'est vrai en particulier pour ce que l'on appelle les dividendes cachés. Malheureusement la «Schenkungspauliana» perd l'essentiel de l'efficacité qu'elle pourrait avoir du fait de son délai de péremption beaucoup trop court. Cet inconvénient pourrait cependant être levé dans un avenir raisonnable si le projet de réforme de la LP était accepté avec la substantielle prolongation du délai qu'il prévoit ⁽²⁰⁸⁾.

L'article 286 LP perd aussi en efficacité du fait de la difficulté, souvent insurmontable, que représente pour le demandeur externe au groupe la découverte puis la preuve des causes de son préjudice. A cet égard toutefois, aujourd'hui déjà, *intra legem*, l'article 289 LP peut permettre au juge de tenir compte des circonstances particulières dans lesquelles se trouve une société de groupe et d'atténuer en conséquence la rigueur de la répartition du fardeau de la preuve. Il est aussi possible de sanctionner adéquatement le refus du bénéficiaire de l'acte révocable — voire même de la direction du groupe — de livrer des informations qu'eux seuls détiennent.

SOUS-SECTION B: ARTICLE 287 LP

§ 1. But

L'article 287 LP a la teneur suivante:

«Sont pareillement nuls les actes suivants, lorsqu'ils ont été faits par un débiteur insolvable dans les six mois avant la saisie ou l'ouverture de la faillite:

^(207.1) Voir à ce propos *supra*, note (146.1).

⁽²⁰⁸⁾ Voir les articles 286 al. 1 et 287 de l'avant-projet de la commission d'experts chargée de réexaminer globalement la LP, adressé au Département fédéral de justice et police en décembre 1981. A ce propos, voir *infra*, pp. 264s.

- 1°. tout gage constitué pour garantir une dette existante, sauf le cas où le débiteur s'était engagé précédemment à fournir une garantie;
- 2°. tout paiement opéré autrement qu'en numéraire ou valeurs usuelles;
- 3°. tout paiement de dette non échue.

L'action révocatoire n'est pas recevable lorsque celui qui a profité de l'acte établit qu'il ignorait la situation du débiteur.»

Cette disposition a pour but de faire prononcer la nullité de certains actes, limitativement énumérés par la loi, lorsque ceux-ci ont été accomplis par un débiteur surendetté dans les six mois qui ont précédé sa faillite⁽²⁰⁹⁾. Le principe d'équité sous-jacent à l'article 287 LP est que certains types de comportements sont inacceptables de la part d'un débiteur, quelle que soit son intention, dès lors que celui-ci est surendetté.

§ 2. Trois conditions objectives

L'article 287 LP énonce trois conditions d'application: le délai (infra, a.), le surendettement (infra, b.) et des conditions spécifiques alternatives (infra, c.). Ces conditions sont toutes objectives. Ce caractère purement objectif est toutefois tempéré par la preuve libératoire subjective qu'instaure l'article 287 al.3 LP (infra, §3).

a. Le délai

Comme l'article 286 LP, l'article 287 LP ne vise que les actes accomplis par le débiteur dans les six mois qui précèdent le jugement de faillite⁽²¹⁰⁾. Nous ne revenons pas sur le caractère inadéquat de ce délai, aussi bien quant à sa durée qu'en ce qui concerne son dies a quo⁽²¹¹⁾. Rappelons seulement que dans les groupes de sociétés la direction unique a souvent la faculté de décider le principe et la date de la faillite des sociétés qu'elle domine. Par un certain nombre de moyens il lui est en effet possible de prolonger la survie des membres du groupe qui sont en proie à des difficultés financières⁽²¹²⁾. Or, c'est également la direction unique qui décide l'acte révocable. Il lui suffit en conséquence de laisser s'écouler plus de six mois entre ces deux événements⁽²¹³⁾ pour que soit primée l'action basée sur l'article 287 LP. Il est

⁽²⁰⁹⁾ GILLIERON Pierre-Robert, op. cit. note (136), p. 372.

⁽²¹⁰⁾ Délai prolongeable dans certains cas. Voir à ce propos supra, note (175).

⁽²¹¹⁾ Voir à ce propos supra, Section II, § 2, pp. 82ss.

⁽²¹²⁾ Voir à ce propos supra, Section II, § 2, pp. 82ss.

⁽²¹³⁾ Par exemple en assumant les paiements du débiteur pendant plus de six mois dès l'acte révocable. Pour des exemples, voir les affaires COMSTOCK et MID-TOWN citées supra, pp. 82s.

vrai que dans cette hypothèse le bénéficiaire de l'acte révocable pourra être entrepris sur la base de l'article 288 LP. Toutefois, ainsi que nous le verrons ⁽²¹⁴⁾, le demandeur supporte alors le fardeau de la preuve d'éléments de fait subjectifs, preuve difficile à apporter, de sorte qu'elle met souvent le bénéficiaire à l'abri de toute condamnation.

b. Le surendettement

A la différence des articles 286 et 288 LP, l'article 287 LP érige en condition d'application le fait que le débiteur ait été «insolvable» au moment de l'acte révocable. Selon la jurisprudence et la doctrine unanimes, il y a «insolvabilité» au sens de l'article 287 LP lorsque le passif du débiteur dépasse son actif ⁽²¹⁵⁾. **Il ne s'agit par conséquent pas à proprement parler d'insolvabilité, mais de surendettement**⁽²¹⁶⁾. Le texte allemand de l'article 287 LP, qui parle d'«Überschuldung», s'avère donc ici plus exact que la version française ⁽²¹⁷⁾.

S'agissant d'une société anonyme, la réalisation de cette condition signifie qu'au moment de la commission de l'acte révocable le débiteur se trouvait dans la situation visée par l'article 725 al.3 CO, sans cependant que le juge en ait encore été informé ⁽²¹⁸⁾.

Cela étant, la solvabilité (stricto sensu) du débiteur entre également en ligne de compte. A y regarder de plus près en effet, l'article 287 al.1 ch. 2° et 3° LP nous permet de formuler l'alternative suivante. Etant entendu que le débiteur est surendetté: soit il est solvable et il peut valablement payer ses dettes en valeurs usuelles dans la mesure où elles sont échues (287 al. 1 ch. 2° et 3° a contrario) ; soit il est insolvable et il ne peut valablement payer ses dettes, même échues. En effet, s'il est insolvable le débiteur ne peut par définition payer ses dettes en valeurs usuelles. Tout paiement sera dès lors nécessairement fait d'une autre manière, c'est-à-dire en valeurs non usuelles, et tombera en conséquence nécessairement sous le coup de l'article 287 al. 1 ch. 2° LP.

La preuve du surendettement incombe au demandeur. Il est superflu d'insister sur les difficultés pratiques considérables qu'une telle démonstration peut comporter.

⁽²¹⁴⁾ Voir infra, pp. 115ss.

⁽²¹⁵⁾ JT 1943 II, p. 75 n° 35, et la jurisprudence citée.

⁽²¹⁶⁾ Pour la définition de ces termes et leur distinction, voir supra, pp. 58ss.

⁽²¹⁷⁾ JT 1943 II, p. 75 n° 35; FRITZSCHE Hans, op. cit. note (106), vol. II, p. 280; JAEGER Charles, op. cit. note (106), vol. III, p. 24.

⁽²¹⁸⁾ A moins que l'on ne se trouve dans une des situations exceptionnelles de l'article 725 al. 4, 2^{me} et 3^{me} phrases CO.

ter, d'autant plus lorsque, comme en l'espèce, elle intervient a posteriori ⁽²¹⁹⁾. Ici aussi nous pensons cependant que le juge pourra judicieusement tenir compte de cette difficulté en faisant bon usage de la liberté d'appréciation que lui confère l'article 289 LP ⁽²²⁰⁾.

On rappellera à cet égard qu'il existe aujourd'hui des moyens d'analyse financière qui permettent de prédire objectivement et assez précisément la survie de la faillite. Aux Etats-Unis ont en effet été élaborées des méthodes de calcul extrêmement sophistiquées qui permettent — selon les constatations faites par leurs auteurs — de prédire la faillite dans environ 95% des cas un an avant qu'elle ne survienne effectivement ⁽²²¹⁾. Ces calculs sont basés sur les données à disposition à l'époque envisagée et donnent donc les mêmes résultats ex ante (comme moyen de prédiction de la faillite) qu'ex post (comme moyen de savoir si la faillite était prévisible). Certes ces méthodes sont-elles destinées à prédire la faillite et non pas à établir le surendettement. Mais, six mois avant qu'elle n'intervienne, la faillite certaine et prévisible doit, à n'en pas douter, influencer les évaluations figurant au bilan (estimation des actifs, amortissements, provisions, etc.) et donc l'état d'endettement effectif du débiteur ⁽²²²⁾. Nous suggérons en conséquence que le demandeur à l'action révocatoire et le juge s'aident en l'occurrence de ces nouveaux moyens d'analyse ⁽²²³⁾ pour déterminer si, au moment de l'acte révocable, le débiteur était ou non surendetté.

c. Les conditions spécifiques alternatives

L'article 287 LP énonce trois conditions spécifiques alternatives. A la différence de l'article 286 LP, qui regardait l'équilibre du contrat, les actes visés par l'article 287 LP concernent l'exécution d'obligations préexistantes ⁽²²⁴⁾. Nous ne passerons pas en revue le détail de ces actes: constitution d'un gage (287 al.1 ch.1^o LP),

⁽²¹⁹⁾ Voir à ce sujet la jurisprudence relative à l'action en responsabilité des organes auxquels l'on reproche de n'avoir pas déposé le bilan en conformité avec l'article 725 al. 3 CO. Cette remarque suggère d'ailleurs qu'il existe un lien entre l'article 287 LP et l'action en responsabilité des organes basée sur l'article 725 al. 3 CO.

⁽²²⁰⁾ Pour la liberté d'appréciation conférée au juge par l'article 289 LP, voir supra, pp. 77ss.

⁽²²¹⁾ Voir notamment: ALTMAN Edward, *Financial Ratios, Discriminant Analysis and the Prediction of Corporate Bankruptcy*, 23 J. Fin. 589 (1968); ALTMAN, HADELMAN and NARAYANAN, *ZETA Analysis: New Model to Identify Bankruptcy Risk of Corporations*, 1 J. Banking & Fin. 29 (1977); voir aussi les références citées infra, note (333).

⁽²²²⁾ Dans ce sens, mais dans la perspective du droit étasunien, voir BEN-DROR Yoav, *An Empirical Study of Distribution Rules under California Corporations Code § 500: Are Creditors Adequately Protected?*, UC Davis Law Rev. 1983, vol. 16, pp. 375ss, en particulier 395 et sa note (86).

⁽²²³⁾ Nous revenons plus en détail sur ces méthodes d'analyse financière à propos de l'article 288 LP (infra, pp. 126ss).

⁽²²⁴⁾ Cela est vrai aussi pour l'article 287 al. 1 ch. 1^o LP, la constitution d'un gage étant destinée à garantir l'exécution d'une obligation préexistante.

paiement en valeurs non usuelles (ch.2°) et paiement d'une dette non échue (ch.3°) car ils ne nous paraissent pas relever spécifiquement des groupes de sociétés.

Le fait que l'un de ces actes survienne entre membres d'un groupe n'est toutefois pas sans pertinence. La structure de groupe constitue en effet un terrain particulièrement propice à la commission des actes visés par l'article 287 LP. Ceux-ci s'y trouvent en effet facilités par la perméabilité des patrimoines caractéristique des sociétés de groupe ⁽²²⁵⁾ et plus sollicités car ils sont un moyen de promouvoir l'intérêt du groupe. Or, nous l'avons vu ⁽²²⁶⁾, il est certain que lorsque la faillite d'un membre du groupe devient inéluctable, son intérêt propre devient opposé à celui du groupe dans son ensemble ⁽²²⁷⁾. Dès ce moment, en effet, la direction unique sera naturellement tentée de faire usage de sa faculté d'obtenir l'exécution, en faveur des autres membres du groupe, des actes visés par l'article 287 LP. Elle cherchera ainsi à obtenir le paiement de toutes les dettes du débiteur à l'égard des autres membres du groupe, même si celles-ci ne sont pas échues. Si ce paiement n'est pas possible, elle cherchera à faire en sorte que toutes les dettes internes du débiteur soient garanties. Ce faisant, elle ne se heurtera à aucune résistance. D'une part en effet, les créanciers externes n'ont pas voix au chapitre avant la faillite. D'autre part, les organes sociaux du débiteur — qui, dans l'idéal du législateur, devraient s'opposer à tout acte qui n'est pas conforme à l'intérêt propre du débiteur considéré (et donc à l'intérêt de ses créanciers) — obéissent aux ordres de la direction unique.

Les conditions spécifiques de l'article 287 LP sont alternatives. Etant admis que le débiteur est surendetté et que l'action n'est pas périmée, la démonstration de la réalisation de l'une seule d'entre elles suffit à entraîner le succès de l'action. Le demandeur n'a pas à prouver que l'acte attaqué lui a été préjudiciable, ni à établir un lien de causalité entre cet acte et l'insolvabilité du failli ⁽²²⁸⁾. Ce dommage et ce lien de causalité sont irréfragablement présumés par la loi. Il n'est pas non plus nécessaire d'établir que l'acte a été dicté par une direction unique souvent évanescence.

Le demandeur est ainsi soulagé d'une partie du fardeau de la preuve qui lui incombe dans le cadre de l'article 286 LP ⁽²²⁹⁾. Cet état de chose évite notamment de devoir entrer en matière sur le problème extrêmement délicat de ce que nous avons appelé la « compensation indirecte » ⁽²³⁰⁾. Rappelons encore une fois qu'il s'agit de la question de savoir si le dommage immédiat subi par la victime de l'acte révocable est ou non compensé par les éventuels avantages que celle-ci retire d'autres

⁽²²⁵⁾ Voir supra, pp. 51ss et 54ss.

⁽²²⁶⁾ Voir supra, p. 17 et, pour une analyse des trois intérêts en présence, pp. 23ss.

⁽²²⁷⁾ Voir supra, p. 14.

⁽²²⁸⁾ JAEGER Charles, op. cit. note (106), vol. III, p. 24.

⁽²²⁹⁾ Voir supra, pp. 84ss.

⁽²³⁰⁾ Voir à ce propos, pour une définition, p. 54 et p. 92 en relation avec l'article 286 LP.

opérations internes au groupe, voire même de sa seule appartenance à ce dernier. Cela dit, il faut bien admettre qu'à l'orée de la faillite et s'agissant des actes visés par l'article 287 LP, une telle démonstration paraîtrait assez peu réaliste.

§ 3. Une condition subjective?

On peut voir une sorte de condition subjective dans la preuve libératoire qu'offre au défendeur l'article 287 al. 2 LP. Cet alinéa, très analogue à ce qu'est l'art. 291 al. 3 LP par rapport à l'art. 286 LP, permet au bénéficiaire de l'acte révocable de faire obstacle à l'action en démontrant qu'il ignorait la situation du débiteur. Cette preuve libératoire présente un double intérêt dans le cadre des groupes de sociétés. En premier lieu, le fardeau de la preuve de cette exception incombe au défendeur. Pour établir sa bonne foi ce dernier pourra ainsi être contraint à dévoiler un certain nombre de faits auxquels le demandeur n'a pas accès. Il devra par exemple révéler l'identité de ses actionnaires, l'organigramme du groupe, le jeu des participations internes, etc. Cette situation procédurale ne préjudicie en rien le bien-fondé de l'exception en tant que telle, mais rend tout simplement le procès plus équitable.

Secondement, s'agissant de la preuve d'un fait négatif (l'ignorance), le juge jouit d'une latitude d'appréciation qu'il pourrait ici aussi judicieusement exercer ⁽²³¹⁾. Selon le caractère plus ou moins insolite de l'acte révocable, selon l'attitude plus ou moins loyale et coopérative du défendeur au procès, selon la structure décisionnelle plus ou moins centralisée du groupe en question, l'«exception d'ignorance» devra être écartée et l'action — pour le reste objective — déclarée bien fondée.

§ 4. Conclusion

Par ses conditions d'application presque casuistiques, l'article 287 LP apparaît d'une portée relativement limitée. Mais on ne peut ignorer que les groupes de sociétés favorisent la survenance des actes que cette disposition énumère, par l'unité décisionnelle qui les caractérise et parce qu'ils sont un moyen d'assurer la prévalence de l'intérêt du groupe, en particulier à la veille de la faillite du débiteur. L'article 287 LP acquiert dès lors une importance moins négligeable, surtout si l'une de ses principales entraves, son délai de péremption, devait être prolongé par notre législateur ⁽²³²⁾.

⁽²³¹⁾ Voir dans ce sens FAVRE Antoine, op. cit. note (125), p. 377. Cette latitude d'appréciation rejoint celle que lui confère l'article 289 LP dont il a déjà été question à plusieurs reprises, voir en particulier supra, pp. 77ss.

⁽²³²⁾ Les auteurs de l'avant-projet de révision de la LP ont en effet prévu de prolonger substantiellement ce délai. Voir à ce propos infra, pp. 264ss, les articles 286 al. 1 et 287 de l'avant-projet de la commission d'experts chargée de réexaminer globalement la LP, adressé au Département fédéral de justice et police en décembre 1981.

SOUS-SECTION C: ARTICLE 288 LP

§ 1. But et doctrine

a. But

L'article 288 LP est rédigé comme suit:

«Sont enfin nuls, quelle que soit leur date, tous les actes faits par le débiteur dans l'intention de porter préjudice à ses créanciers, ou de favoriser certains créanciers, avec leur connivence, au détriment des autres.»

Le but de cette disposition est de permettre l'annulation de tous les actes par lesquels le débiteur, ou un tiers, ont intentionnellement porté atteinte au principe de l'égalité des créanciers⁽²³³⁾. La «Deliktspauliana» sanctionne sur le plan civil le délit prévu par l'article 167 du Code Pénal suisse (CPS) dont nous rappelons la teneur:

«Le débiteur qui, alors qu'il se savait insolvable et dans le dessein de favoriser certains de ses créanciers au détriment des autres, aura fait des actes tendant à ce but, notamment aura payé des dettes non échues, aura payé une dette échue autrement qu'en numéraire ou en valeurs usuelles, aura, de ses propres moyens, donné des sûretés pour une dette alors qu'il n'y était pas obligé, sera, s'il a été déclaré en faillite ou si un acte de défaut de biens a été dressé contre lui, puni de l'emprisonnement.»

Lorsque le débiteur est une personne morale, l'article 167 CPS s'applique à ses «directeurs, fondés de pouvoirs, membres de l'administration ou d'un organe de contrôle ou liquidateurs qui auront commis l'infraction»⁽²³⁴⁾.

L'article 288 LP constitue en quelque sorte la **lex generalis de l'action révocatoire**. Par sa condition objective très large, cette norme englobe en effet également tous les états de fait qui relèvent des articles 286 et 287 LP⁽²³⁵⁾. Son champ d'application est aussi considérablement plus étendu dans le temps puisque l'action se périmé par cinq ans dès l'acte révocable (292 LP)⁽²³⁶⁾. Ce sont là sans doute les

⁽²³³⁾ GILLIERON Pierre-Robert, op. cit. note (136), pp. 374ss.

⁽²³⁴⁾ Article 172 al. 1 CPS.

⁽²³⁵⁾ JT 1943 II, p. 79 n° 45 et la jurisprudence citée.

⁽²³⁶⁾ Voir infra, p. 107.

raisons pour lesquelles les seuls auteurs qui ont, à notre connaissance, abordé le problème de l'action révocatoire dans les groupes de sociétés, ont concentré exclusivement leur analyse sur l'article 288 LP. Avant de reprendre nous-même cet examen, rappelons d'abord la substance de leurs opinions.

b. Doctrine

PETITPIERRE-SAUVAIN ⁽²³⁷⁾ est de l'avis que l'action révocatoire de l'article 288 LP est un moyen, parmi d'autres ⁽²³⁸⁾, pour lutter contre les transferts de patrimoine qui interviennent au sein des groupes. Les conditions d'application de cette norme, par leur complexité, en limitent toutefois considérablement la portée:

«Les possibilités d'intervention offertes par l'art. 288 LP sont naturellement beaucoup plus limitées que celles basées sur l'art. 754 CO et les dispositions sur la bonne foi. Il faudra tenir compte du fait que les deux derniers éléments requis par l'art. 288 LP sont en général difficiles à établir.» ⁽²³⁹⁾

Cela étant, l'action révocatoire basée sur l'article 288 LP peut permettre d'annuler, selon le même auteur:

«... toutes les opérations visant à prélever indirectement des bénéficiaires, qui n'entraînent évidemment pas de contre-prestation absolument équivalente. Il en serait de même de tous les contrats conclus avec des membres du groupe pour la seule raison qu'ils ont cette qualité et alors que des conditions plus avantageuses auraient pu être obtenues auprès de tiers (ce qui reste évidemment difficile à établir).» ⁽²⁴⁰⁾.

En ce qui concerne les deux conditions subjectives de l'article 288 LP, PETITPIERRE-SAUVAIN reconnaît qu'il n'est pas insignifiant que l'acte révocable ait eu lieu au sein d'un groupe. Cet auteur relève en effet que dans les groupes, s'agissant de l'intention du débiteur (1^{ère} condition subjective):

⁽²³⁷⁾ PETITPIERRE-SAUVAIN Anne, op. cit. note (7), pp. 136 à 138, nos 175 à 180.

⁽²³⁸⁾ «La répression des abus, la responsabilité des administrateurs et l'action paulienne peuvent donner naissance en matière de responsabilité des groupes à un système jurisprudentiel relativement complet. La responsabilité des administrateurs sanctionne une mauvaise gestion de la filiale; l'action révocatoire annule les effets des actes qui favorisent le groupe au détriment des autres créanciers; enfin, la répression des abus couvre tous les cas où la responsabilité de la société dominante s'impose.» PETITPIERRE-SAUVAIN Anne, op. cit. note (7), p. 138, n° 180.

⁽²³⁹⁾ PETITPIERRE-SAUVAIN Anne, op. cit. note (7), p. 137, n° 179. 240. PETITPIERRE-SAUVAIN Anne, op. cit. note (7), p. 136, n° 179.

⁽²⁴⁰⁾ PETITPIERRE-SAUVAIN Anne, op. cit. note (7), p. 136, n° 176.

«... dans la plupart des cas, il n' y aura pas intention positive de nuire ou de favoriser, mais plutôt application trop fidèle de la politique de groupe (au profit d'un seul créancier: le groupe lui-même).» ⁽²⁴¹⁾;

s'agissant d'autre part de la connivence du bénéficiaire de l'acte révocable (2^{ème} condition subjective) :

«les membres du groupe sont en principe au courant de la situation de la filiale et de ses difficultés financières.» ⁽²⁴²⁾.

DALLEVES ⁽²⁴³⁾, dont l'opinion a été reprise par RUEDIN ⁽²⁴⁴⁾, argumente essentiellement dans le même sens. Il nous semble que l'on peut, sans le trahir, résumer sa discussion à l'alternative suivante:

- soit l'on se trouve en présence d'une espèce dans laquelle une «société-mère» entreprend délibérément de «vider de sa substance» une filiale» et l'article 288 LP s'applique en principe sans difficulté ⁽²⁴⁵⁾;

- soit l'on se trouve face au cas «normal» où l'acte révocable a été accompli dans l'intérêt du groupe. Dans cette hypothèse, étant admis que la condition objective de l'article 288 LP est établie, la démonstration de la connivence du bénéficiaire de l'acte révocable (2^{ème} condition subjective) ne pose pas de problème. En effet:

«Etant donné que la société débitrice est par hypothèse soumise à la direction unique, la notion de «connivence» n'a plus guère de sens: on admettra en principe que cette condition est remplie.» ⁽²⁴⁶⁾.

Par contre, la preuve de ce que «la direction unique avait l'intention de nuire aux créanciers de la société de groupe» (1^{ère} condition subjective) constitue souvent la pierre d'achoppement de l'action judiciaire. La démonstration de la réalisation de cette condition subjective «nécessite en effet un examen de la politique du groupe», examen d'une telle complexité qu'il fera généralement échec à l'action du demandeur qui en supporte le fardeau de la preuve ⁽²⁴⁷⁾.

⁽²⁴¹⁾ PETITPIERRE-SAUVAIN Anne, op. cit. note (7), p. 137, n° 177 in fine.

⁽²⁴²⁾ PETITPIERRE-SAUVAIN Anne, op. cit. note (7), p. 137, n° 178.

⁽²⁴³⁾ DALLEVES Louis, op. cit. note (7), pp. 680 à 683.

⁽²⁴⁴⁾ RUEDIN Roland, Propositions pour un droit suisse des groupes de sociétés, SAG, 1982, pp. 99ss, 111.

⁽²⁴⁵⁾ DALLEVES Louis, op. cit. note (7), pp. 682 in fine et 683.

⁽²⁴⁶⁾ DALLEVES Louis, op. cit. note (7), p. 682.

⁽²⁴⁷⁾ DALLEVES Louis, op. cit. note (7), p. 682.

L'alternative proposée par DALLEVES est en définitive assez peu encourageante; surtout si l'on admet que son premier terme concerne des cas marginaux ⁽²⁴⁸⁾ et que la grande majorité des espèces relèvent dans la réalité du deuxième terme de cette alternative.

Pour sa part HIRSCH ⁽²⁴⁹⁾ a déclaré que l'action révocatoire est, à son avis, l'une des deux voies de droit (l'autre, complémentaire, étant l'action en responsabilité des organes) qui permettent d'assurer en Suisse, de lege lata, la protection des créanciers d'une filiale contre les actes qui lui ont porté préjudice au profit d'autres sociétés du groupe.

Il est intéressant de constater que HIRSCH distingue, parmi les actes révocables effectués en faveur d'autres sociétés du groupe, ceux qui bénéficient à la société dominante et ceux qui bénéficient à des sociétés soeurs ou cousines.

Dans la première hypothèse, la direction de la société qui subit l'acte révocable et celle de la société qui en bénéficie sont par définition identiques, car celle-ci domine précisément celle-là. La condition de la connivence devient dès lors selon HIRSCH sans objet, puisque les intentions du débiteur et du bénéficiaire se confondent. Pour que l'action révocatoire soit fondée, il suffira dès lors qu'objectivement le bénéficiaire (société dominante) ait pu se rendre compte de l'existence effective d'un transfert:

«Or, la société dominante d'un groupe de sociétés se charge bel et bien, en tous cas en fait (et cela suffit) de la direction de la société filiale. En outre, si la société dominante a bénéficié d'une prestation anormale de la filiale, l'action révocatoire peut également être envisagée; il suffit qu'objectivement la société dominante ait pu reconnaître qu'elle bénéficiait d'un acte préjudiciable à la filiale, sans qu'il soit nécessaire de retenir une intention dolosive.» ⁽²⁵⁰⁾

HIRSCH a le mérite de relever que la situation est plus délicate dans la seconde hypothèse, celle de transferts entre sociétés "soeurs" ou "cousines", dans laquelle la société bénéficiaire de l'acte révocable appartient au même groupe que le débiteur, mais n'exerce pas directement sur ce dernier une «influence» ou un quelconque pouvoir de contrôle. HIRSCH affirme que l'action révocatoire demeure alors un

⁽²⁴⁸⁾ Le premier terme de l'alternative proposée par DALLEVES concerne en effet les hypothèses relevant de ce que nous avons appelé le «principe du siphon» (voir à ce propos supra, pp. 54ss), qui sont en pratique relativement peu répandues.

⁽²⁴⁹⁾ HIRSCH Alain, Les groupes de sociétés et les sociétés multinationales en droit suisse, Institut universitaire international, Luxembourg, juillet 1973, pp. 76ss, 80 à 84 et plus récemment HIRSCH Alain, La responsabilité des groupes bancaires internationaux, rapport suisse, Travaux de l'Association Capitant, Economica, 1984, pp. 479ss, 488.

⁽²⁵⁰⁾ HIRSCH Alain, Les groupes..., op. cit. note (249), p. 83.

instrument efficace de protection des créanciers externes. Il ne se penche toutefois pas sur les particularités de l'application de l'action révocatoire dans cette hypothèse et ne pousse en particulier pas son raisonnement jusqu'à proposer de présumer alors la réalisation de «la connivence»:

«Enfin, il est plus difficile d'imaginer une action contre d'autres sociétés du groupe, ayant profité d'un acte préjudiciable à la filiale mais sans avoir exercé aucune influence sur celle-ci. Seule entre ici en ligne de compte l'action révocatoire, à l'exclusion de toute action en responsabilité.»⁽²⁵¹⁾

L'on peut retenir de ces différentes opinions, nous semble-t-il, deux points de concordance fondamentaux. Tout d'abord, au niveau des principes, aussi bien PETITPIERRE-SAUVAIN que DALLEVES et HIRSCH appliquent l'action révocatoire de lege lata aux transferts de patrimoine entre sociétés de groupes. D'autre part, ces auteurs proposent tous, d'une manière plus ou moins étendue, de présumer la réalisation de l'une des conditions subjectives de l'action, la «connivence», étant donné que, vu le rôle joué par la direction unique, cette condition peut être par définition considérée comme remplie dans les groupes de sociétés.

§ 2. Deux conditions objectives

a. Le délai

Contrairement à ce que pourrait laisser supposer son texte («quelle que soit leur date»), le champ d'application de l'article 288 LP n'est pas illimité dans le temps. Sa condition temporelle figure à l'article 292 LP qui dispose:

«L'action révocatoire se prescrit par cinq ans à partir de l'acte vicieux.»

Rappelons⁽²⁵²⁾ que ce délai est de nature mixte, car il est une condition de la naissance du droit à l'annulation (non interruptible) jusqu'à la faillite, puis un délai de prescription (interruptible) à partir de celle-ci. Malgré cela, ce délai de cinq ans «à partir de l'acte vicieux» apparaît aujourd'hui trop bref. C'est pourquoi l'avant-projet de la commission d'experts sur la révision de la LP de décembre 1981 propose de le prolonger substantiellement⁽²⁵³⁾.

⁽²⁵¹⁾ Ibidem, p. 83.

⁽²⁵²⁾ Voir supra, pp. 79ss.

⁽²⁵³⁾ L'avant-projet de la commission d'experts sur la révision de la LP de décembre 1981 prévoit en effet, à son article 292 al. 1, que: «L'action révocatoire se prescrit par deux ans à compter du jour ou l'ayant droit a eu connaissance de sa prétention révocatoire et, dans tous les cas, par dix ans depuis l'acte révocable». Voir aussi infra, pp. 264ss.

b. La condition objective spécifique

aa . Principe

L'acte révocable doit avoir causé un dommage aux créanciers du débiteur. Selon la jurisprudence, tel sera le cas lorsque l'acte en question aura effectivement porté préjudice aux créanciers ou à certains d'entre eux, en diminuant le produit de liquidation ou en aggravant de toute autre manière leur position dans la procédure d'exécution forcée⁽²⁵⁴⁾. Cette condition peut être remplie de deux manières. Soit la valeur des prestations échangées est **inéga**le; dans ce cas le préjudice des créanciers équivaut à l'appauvrissement du débiteur. Soit la valeur des prestations échangées est **équivalente**, par exemple le remboursement d'un prêt; dans ce cas le débiteur ne subit a priori pas de préjudice, puisqu'il est libéré d'un passif de valeur égale, mais ses créanciers sont tout de même lésés dans le cas où l'actif subsistant après le transfert ne suffit pas à les désintéresser totalement. L'exemple souvent cité est celui du débiteur qui, de concert avec des tiers, liquide des actifs et prend la fuite⁽²⁵⁵⁾. Cette hypothèse ne concerne toutefois que d'assez loin les personnes morales. Nous pensons que son équivalent, lorsque le débiteur est une société de groupe, peut consister pour celle-ci à vendre des actifs afin de se procurer les liquidités nécessaires à rembourser les prêts qui lui ont été concédés par d'autres membres du groupe (créances internes), voire même à dissoudre des réserves pour les distribuer à ses actionnaires, en particulier sous forme de dividendes⁽²⁵⁶⁾.

L'état d'endettement du débiteur est indifférent. Contrairement à l'article 287 LP, l'article 288 LP ne pose en effet pas pour condition que le débiteur soit «insolvable» (surendetté⁽²⁵⁷⁾) au moment de l'acte révocable. Seul entre en ligne de compte le caractère préjudiciable de l'acte révocable. La condition objective de l'article 288 LP pourra donc être réalisée même si le débiteur, bien qu'appauvri, était encore parfaitement in bonis à la suite de l'acte considéré^(257.1). Ainsi que nous le verrons plus loin^(257.2), l'insolvabilité (stricto sensu^(257.3)) du débiteur joue en revanche un rôle en ce qui concerne la réalisation des conditions subjectives de l'action.

⁽²⁵⁴⁾ ATF 101 III, pp. 92ss = JT 1976 II, pp. 109ss, 111.

⁽²⁵⁵⁾ ATF 65 III, p. 142 ; ATF 79 III, p. 174 = JT 1954 II, pp. 89-90; ATF 39 II, pp. 368ss, 376.

⁽²⁵⁶⁾ Cette hypothèse soulève la délicate question de savoir si le paiement d'un dividende constitue un acte de disposition à titre onéreux (échange de prestations de **valeur équivalente**) ou gratuit (transfert sans contre-prestation ou échange de prestations de **valeur inégale**). Voir à ce propos supra, pp. 86s. et les renvois cités.

⁽²⁵⁷⁾ Voir supra, p. 99.

^(257.1) Hypothèse n. 3° supra, p. 64.

^(257.2) Voir infra, pp. 115ss.

^(257.3) Voir supra, p. 58.

bb. Application aux groupes: deux particularités

La réalisation de la condition objective spécifique de l'article 288 LP présente deux particularités lorsque l'acte révocable se produit entre personnes appartenant à un même groupe de sociétés, ou plus exactement internes à celui-ci ⁽²⁵⁸⁾.

1°. La facilité de transférer

Nous avons déjà eu l'occasion de relever que l'état de groupe favorise les transferts de patrimoine entre les sociétés qui le constituent ⁽²⁵⁹⁾. L'état de groupe a en effet pour conséquence d'inféoder les organes sociaux de chacun de ses membres à la direction unique, de soumettre les intérêts individuels des différentes sociétés à l'intérêt du groupe et de perméabiliser leur patrimoine social respectif. Les sociétés du groupe ne sont plus dès lors, conformément à l'idéal du législateur historique ⁽²⁶⁰⁾, des cellules dotées d'une volonté propre, égoïstes et championnes de la sauvegarde, voire de l'accroissement de leur fortune sociale propre. Elles sont en général privées de ces vertus qui présentent l'avantage fondamental de coïncider avec l'intérêt des créanciers externes.

Certes, il convient de rappeler ici qu'il existe des groupes dont les membres sont relativement autonomes, voire même parfois concurrents ⁽²⁶¹⁾, et qui donc agissent les uns à l'égard des autres comme s'ils n'étaient pas parties d'un seul ensemble plus ou moins intégré. C'est une question de fait de savoir face à quel type de groupe on se trouve.

Quoi qu'il en soit, la réalité montre que dans la plupart des groupes les transferts de patrimoine sont simples à réaliser, car ils sont plus ou moins directement dictés par la direction unique aux dirigeants des sociétés qui composent le groupe, ceux-ci n'étant que des subalternes.

Les voies empruntées par les groupes pour procéder à ces transferts sont multiples. Nous avons déjà eu l'occasion de les décrire en détail à propos de l'article 286 LP ⁽²⁶²⁾. Nous ne revenons pas sur cette description à laquelle nous renvoyons intégralement, car les modes de transfert visés par l'article 288 LP sont les mêmes

⁽²⁵⁸⁾ Pour une définition du terme «interne» et son rapport avec l'appartenance au groupe, voir supra, I^{re} Partie, pp. 38ss, en particulier 43ss. Rappelons qu'un interne peut être une personne morale ou physique, peu importe. L'acte peut s'être produit, par exemple, entre une filiale du groupe et celui que l'on appelle communément le maître de l'affaire (ou «contrôlaire»).

⁽²⁵⁹⁾ Voir supra, pp. 16ss, 88ss.

⁽²⁶⁰⁾ Idéal encore récemment réaffirmé par le TF dans trois arrêts rendus dans des espèces mettant en scène des groupes de sociétés: ATF 108 Ib, pp. 28ss, 37; ATF 108 Ib, p. 448 = SJ 1983, p. 572; ATF 110 Ib, p. 127 = SJ 1985, p. 105ss.

⁽²⁶¹⁾ Voir supra, I^{re} partie, Chapitre III, p. 48.

⁽²⁶²⁾ Voir supra, pp. 88ss et les auteurs cités, en particulier: PAILLUSSEAU Jean, op. cit. note (179), p. 37; RUEDIN Roland, Vers un droit des groupes de sociétés?, op. cit. note (7), pp. 172ss; PETIT-PIERRE-SAUVAIN Anne, op. cit. note (7), p. 17, n° 33; DALLEVES Louis, op. cit. note (7), p. 599.

que ceux visés par l'article 286 LP. Rappelons seulement, en substance, que nous avons schématiquement réparti les transferts en deux catégories: les paiements de dividendes (au sens large), d'une part ⁽²⁶³⁾; les transferts dissimulés de patrimoine (y compris sous forme de «dividendes cachés»), d'autre part ⁽²⁶⁴⁾.

Comme nous l'avons déjà relevé, les transferts effectués par la voie de paiements de dividendes sont en principe juridiquement valables. Ils peuvent toutefois être annulés par le biais de l'action révocatoire (286 ou 288 LP ⁽²⁶⁵⁾ en concours avec les dispositions du CO) s'ils ne respectent pas les conditions formelles ⁽²⁶⁶⁾ ou matérielles ⁽²⁶⁷⁾ posées par ce dernier. Nous renvoyons pour le surplus à la III^{ème} partie de cette thèse consacrée aux rapports entre l'action révocatoire et les distributions de dividendes ⁽²⁶⁸⁾.

Cela dit, dans la grande majorité des cas les transferts de patrimoine effectués au sein des groupes sont opérés sous le couvert d'une prétendue obligation découlant d'un contrat. On utilise une relation contractuelle en apparence équilibrée pour masquer une translation nette de biens. Le type de contrat importe peu. Ce peut être la location d'un immeuble à un prix surfait ⁽²⁶⁹⁾; la fixation du prix de marchandises en s'écartant, sans raison ⁽²⁷⁰⁾, du prix du marché (ce qui suppose qu'il y en ait

⁽²⁶³⁾ Voir supra, pp. 86ss.

⁽²⁶⁴⁾ Voir supra, pp. 88ss.

⁽²⁶⁵⁾ Notre discussion sur l'action révocatoire basée sur l'article 286 LP vaut aussi, en ce qui concerne l'annulation des dividendes, pour la condition objective de l'article 288 LP, voir supra, pp. 86ss.

⁽²⁶⁶⁾ Voir infra, pp. 236ss.

⁽²⁶⁷⁾ Voir infra, pp. 244ss.

⁽²⁶⁸⁾ Voir infra, pp. 221ss.

⁽²⁶⁹⁾ Voir l'affaire *Togal* citée supra, note (92).

⁽²⁷⁰⁾ Le prix actuel du marché pour des opérations ponctuelles n'est pas nécessairement déterminant pour des opérations à long terme, des ventes à livraisons successives, des contrats comprenant l'obligation pour l'acheteur d'accepter la totalité de la production du vendeur, etc.; voir supra, note (192).

un ⁽²⁷¹⁾ ⁽²⁷²⁾; la vente ou la mise à disposition d'un bien immatériel à un prix de complaisance, aussi bien que la facturation de services (publicité, management, consulting, recherche, etc.) moins en fonction de leur valeur réelle que selon l'amplitude voulue du transfert ⁽²⁷³⁾.

Moins commune, mais beaucoup plus pernicieuse, est l'hypothèse de la **lésion par omission** ⁽²⁷⁴⁾. Ainsi lorsqu'une société commerciale du groupe s'oblige à ne pas agir sur tel marché qui lui serait profitable car, par exemple, la direction unique a décidé de l'octroyer à une autre société du groupe ⁽²⁷⁵⁾. Contrairement aux actes révocables mentionnés jusqu'ici qui entraînaient tous des «damnum emergens», la lésion par omission provoque en général un dommage sous forme de «lucrum cessans».

Rappelons aussi que **les motifs des transferts ne sont pas nécessairement frauduleux**. Si certains d'entre eux n'ont d'autre mobile que l'intérêt personnel des contrôlares du groupe (application du principe du «siphon» ⁽²⁷⁶⁾), d'autres sont justifiés par l'intérêt du groupe dans son ensemble (application du principe des «vases communicants» ⁽²⁷⁷⁾). C'est d'ailleurs le lieu de revenir sur la distinction correspondante que nous avons faite précédemment entre les transferts qui appau-

⁽²⁷¹⁾ Le fait qu'il n'y ait pas de marché d'un bien considéré ne signifie pas qu'il n'y ait pas de transfert, bien au contraire. La seule différence est que ceux-ci sont d'autant plus difficiles à déceler. Voir supra, p. 91, et infra, pp. 113ss.

⁽²⁷²⁾ Pour un exemple, voir ce que l'on a appelé "l'affaire Rich". Marc Rich, une personne physique, contrôle un groupe de sociétés. Ce groupe exerce notamment son activité dans le commerce du pétrole. Il est constitué, entre autres, de **Marc Rich & Co. AG**, dont le siège est à Zoug (Argovie), et d'une filiale de Marc Rich & Co. AG, **Marc Rich & Co. International Limited**, dont le siège est à New York. Marc Rich & Co. International Ltd. s'occupe surtout des transactions qui se déroulent aux Etats-Unis et y est en conséquence contribuable. Selon les autorités américaines, la direction du groupe, entre 1980 et 1982, a orchestré, pour des raisons fiscales, la vente par Marc Rich & Co. AG à sa filiale américaine de pétrole brut pour une valeur d'environ 145 millions de \$ au prix d'environ 245 millions de \$. Le résultat de cette opération aurait été le transfert de 100 millions de \$ de la société américaine (Marc Rich & Co. International Ltd.) à la société suisse (Marc Rich & Co. AG). (Communiqué de presse du 21 septembre 1983 du Service de l'information de la Chancellerie fédérale de la Confédération suisse).

⁽²⁷³⁾ Pour de plus amples développements, voir supra, pp. 88ss, et les références citées ci-dessus note (262).

⁽²⁷⁴⁾ Voir à ce propos JAEGER Charles, op. cit. note (106), vol. III, p. 38, n° 3.

⁽²⁷⁵⁾ Voire même par exemple à une personne physique interne au groupe pour son seul bénéfice personnel.

⁽²⁷⁶⁾ Pour une définition du principe du «siphon», voir supra, pp. 54ss.

⁽²⁷⁷⁾ Pour une définition du principe des «vases communicants», voir supra, pp. 53ss. Pour une énumération non exhaustive des mobiles que l'on rencontre en pratique, voir supra, II^e Partie, Chapitre II.A, pp. 88ss. Dans l'affaire Rich, par exemple (voir supra, note (272)), le but du transfert n'était pas de léser les (ou certains) créanciers du groupe, mais de payer moins d'impôts, donc, en définitive, d'enrichir le groupe. (Il est vrai que, selon le point de vue que l'on adopte, l'on prétendra qu'il s'agissait pour le groupe Rich de s'enrichir aux dépens d'un créancier: le fisc américain).

vriissent le groupe et ceux qui ne l'appauvrissent pas⁽²⁷⁸⁾. Une argumentation parfois soutenue en matière de groupe consiste à prétendre que les transferts qui n'appauvrissent pas le groupe, n'appauvrissent pas chacun de ses membres. Selon cette conception en effet, les transferts qui n'appauvrissent pas le groupe sont faits dans son intérêt global et profitent en conséquence à chacun de ses membres, y compris ceux d'entre eux qui peuvent, dans un premier temps, paraître lésés. Les transferts qui n'appauvrissent pas le groupe ne causeraient donc aucun préjudice au débiteur. En d'autres termes, les transferts qui sont faits dans l'intérêt du groupe ne léseraient pas le débiteur. Ou encore, les actes révocables qui sont effectués dans l'intérêt du groupe ne remplissent pas la condition objective de l'article 288 LP.

Cette argumentation n'est pas nécessairement dénuée de fondement. Il serait toutefois erroné de l'accepter sans nuances. Du point de vue en effet du créancier externe d'une société de groupe insolvable, peu importe de savoir si le transfert incriminé a bénéficié au groupe ou à des tiers. Peu importe la prospérité du groupe. Ce créancier ne sait qu'une chose, c'est que son débiteur est insolvable et qu'il ne sera en conséquence vraisemblablement pas désintéressé totalement. Pour lui il n'y a en général qu'un débiteur: la masse en faillite du membre du groupe avec lequel il a contracté. Tous les autres, membres du groupe ou pas, solvables ou pas, sont des tiers dans la perspective atomiste de notre ordre juridique.

L'on ne saurait dès lors tirer de conclusion automatique du fait que l'acte révocable n'a pas appauvri le groupe dans son ensemble, voire qu'il lui a profité. Même dans ce cas en effet, le débiteur peut avoir été lésé. Vu sa faillite actuelle, on pourrait d'ailleurs être tenté de le présumer. Mais là non plus aucune généralisation ne nous paraît possible, car il faut bien admettre qu'il est de nombreux cas où le débiteur bénéficie effectivement de ce qui profite au groupe.

La question paraît en définitive présenter deux niveaux. On se demandera tout d'abord si l'acte révocable (qui par hypothèse a appauvri le débiteur) a appauvri le groupe. Si c'est le cas, la condition objective de l'article 288 LP est alors indiscutablement réalisée. Tel sera le cas par conséquent dans toutes les espèces relevant du principe du «siphon»⁽²⁷⁹⁾. Si ce n'est pas le cas, il faudra alors se demander si le dommage immédiat subi par le débiteur n'a pas été compensé par d'autres prestations du groupe. C'est là le problème de la «compensation indirecte» que nous avons déjà discuté⁽²⁸⁰⁾. Si cette compensation n'a pas eu lieu, la condition objective de l'article 288 LP est remplie. Si elle a eu lieu, l'action révocatoire doit être rejetée, faute de dommage.

⁽²⁷⁸⁾ Pour cette distinction, voir supra, I^{re} Partie, p. 50.

⁽²⁷⁹⁾ Pour une définition du principe du «siphon», voir supra, pp. 54ss.

⁽²⁸⁰⁾ Voir à ce propos supra, I^{ère} Partie, pp. 54 et 92s.

Le problème du dommage et celui de l'intérêt de groupe apparaissent ainsi indissociablement liés. De fait, la question est en dernière analyse de savoir si, compte tenu de tous les éléments en présence, compte tenu en particulier des synergies et autres particularités du groupe, le débiteur subit ou non un préjudice. Le problème de l'intérêt du groupe doit donc (aussi) être discuté au niveau de l'établissement du dommage. Cela dit, la question de l'intérêt du groupe réapparaît lors de l'examen des conditions subjectives de l'article 288 LP. Il ne s'agit toutefois plus alors de savoir s'il y a un dommage (par hypothèse établi), mais si la direction unique, qui a agi dans l'intérêt du groupe, avait l'intention de causer ce dommage ⁽²⁸¹⁾.

2°. *La difficulté de déceler*

A cette facilité de transférer s'ajoute, dans la perspective des créanciers externes, l'accroissement de la difficulté de déceler puis de quantifier les transferts dont ils sont victimes. Il s'agit ici en première ligne d'un problème d'information qui revêt toutefois en pratique une importance considérable vu la répartition du fardeau de la preuve. Avant toute chose, le demandeur à l'action révocatoire doit en effet découvrir son dommage, la quotité de celui-ci, l'opération qui en est la cause, ainsi que son bénéficiaire. Il se heurtera ce faisant au mutisme de ceux qui détiennent l'information ⁽²⁸²⁾, ainsi qu'à la complexité des affaires et des relations entre membres du groupe. Certes l'on peut prétendre — comme nous l'avons fait à propos de l'article 286 LP ⁽²⁸³⁾ — qu'il existe un certain devoir d'information (ou en tous cas de collaboration) de la part de la direction du groupe. Mais cette opinion n'est pas indiscutable et n'est, en tout état de cause, qu'un palliatif. Si le demandeur potentiel obtient des informations, celles-ci seront trop souvent insuffisantes pour permettre une démonstration positive de la condition objective de l'article 288 LP.

Une illustration de la difficulté pratique considérable que nous évoquons peut être trouvée dans le «rapport de dépendance» imposé aux «Konzern de fait» par la loi allemande sur les sociétés anonymes de 1965 (Aktiengesetz) ⁽²⁸⁴⁾. Ce rapport, à la charge de la société dominante, est destiné à mettre en lumière les éventuels dommages (transferts) que celle-ci aurait fait subir à ses filiales. La doctrine reconnaît généralement l'échec de cet instrument dont la raison d'être était précisément de protéger, en les informant, les actionnaires et les créanciers des sociétés dominées. Il paraît en effet «illusoire de vouloir déterminer le caractère favorable

⁽²⁸¹⁾ Voir *infra*, pp. 120ss.

⁽²⁸²⁾ Nous renvoyons ici aux développements que nous avons consacrés à ce problème dans le cadre de l'article 286 LP; voir *supra*, pp. 92ss.

⁽²⁸³⁾ Voir *supra*, pp. 93ss.

⁽²⁸⁴⁾ § 312 AktG.

ou défavorable de chaque injonction»⁽²⁸⁵⁾ vu la complexité des relations qui se développent au sein des Konzern et vu, également, qu'il est pratiquement impossible d'apprécier «l'influence continue exercée par la direction unique»⁽²⁸²⁾. Cela, quand bien même le rapport de dépendance émane de ceux qui, d'une manière générale, ont librement accès à l'information⁽²⁸⁶⁾.

Cet exemple allemand nous conduit à suggérer qu'en droit suisse la position de demandeur à l'action révocatoire est, en l'état⁽²⁸⁷⁾, extrêmement défavorable. Nos normes comptables (qui devraient aider les créanciers externes à comprendre les effets économiques de celles des transactions du groupe qui concernent le débiteur) sont en effet insignifiantes, les rapports exigés des organes sociaux d'une brièveté déconcertante et le droit à l'information généralement insatisfaisant⁽²⁸⁸⁾.

A cela il faut ajouter la difficulté objective de mesurer le dommage, difficulté sur laquelle nous nous sommes déjà penché à propos de l'article 286 LP auquel nous renvoyons à cet égard⁽²⁸⁹⁾.

Seul peut-être l'article 289 LP, avec le large pouvoir d'appréciation qu'il octroie au juge peut-il parfois permettre, ici encore, de compenser partiellement le caractère excessivement défavorable de la position du demandeur⁽²⁹⁰⁾. A moins qu'en se basant sur les circonstances particulières que présentent les groupes, l'on ne retienne la solution «équitable» américaine du renversement du fardeau de la preuve du ca-

⁽²⁸⁵⁾ PLEYER K., WESTERMANN H.P., LIESER J., *Tatsachen und Konzeptionen für ein neues GmbH-Konzernrecht*, Zentrale für GmbH Dr. Otto Schmidt, Köln, 1970, p. 8: «Le rapport de dépendance part de l'image peu réaliste d'une influence «ponctuelle», parfois défavorable, des injonctions données par la société dominante. Si l'on veut faire abstraction des difficultés et de l'injustice résultant d'une appréciation «a posteriori» des affaires, il est possible d'énumérer ces injonctions dans le rapport et, le cas échéant, de compenser au jour de l'établissement du bilan le préjudice subi par les sociétés dominées. Mais il paraît pratiquement impossible de juger selon ces normes l'influence continue exercée par la direction unique. Dans la perspective du plan financier global, qui détermine de manière durable la politique des sociétés dominées, même lorsque celles-ci jouissent d'une indépendance relative, il est illusoire de vouloir déterminer le caractère favorable ou défavorable de chaque injonction», cité par DALLEVES Louis, op. cit. note (7), p. 667.

⁽²⁸⁶⁾ Voir à ce sujet DALLEVES Louis, op. cit. note (7), pp. 666-667; LUTTER Marcus, *Le droit des Konzern en RFA s'est-il imposé dans les faits?*, *Droit et Pratique du Commerce International*, 1976, p. 318; RUEDIN Roland, *Vers un droit des groupes de sociétés?*, op. cit. note (7), pp. 219-220.

⁽²⁸⁷⁾ Cette situation pourrait être grandement améliorée par la révision du droit de la SA actuellement en cours en Suisse. Ses auteurs ont en effet fait de l'amélioration de l'information, de «l'augmentation de la transparence», l'une de leurs préoccupations prioritaires. Voir supra, Ière Partie, p. 28 et note (20).

⁽²⁸⁸⁾ Voir dans ce sens BOCKLI Peter, *Verbesserung der Transparenz im revidierten Aktienrecht*, SAG, 1983, vol. 55, p. 111: «... und gerade da haben sich die Teilweise unklaren oder gar völlig inexistenten Regeln über eine konsequente Rechnungslegung im geltenden Recht öfters schädlich ausgewirkt; die gleichen nichtssagenden Zahlenrudimente, die extern den Aktionären vorgelegt würden, waren nicht selten intern die Entscheidungsgrundlage der Leitungsorgane selbst.»

⁽²⁸⁹⁾ Voir supra, pp. 90ss.

⁽²⁹⁰⁾ Voir, à propos de l'article 289 LP, supra, pp. 77ss.

ractère équilibré («at armth's length») des transactions intervenant entre sociétés soumises à une direction commune (c'est-à-dire unique) ⁽²⁹¹⁾.

cc. Conclusion provisoire

L'établissement de la condition objective de l'article 288 LP présente pour le demandeur à l'action révocatoire un double handicap du fait que l'état de groupe facilite les transferts de patrimoine tout en rendant plus difficile leur preuve.

Si les transferts qui appauvrissent le groupe dans son ensemble remplissent tous la condition objective de l'article 288 LP, le contraire n'est pas nécessairement vrai. Les transferts qui n'appauvrissent pas le groupe peuvent, cependant parfois, être préjudiciables au débiteur, et donc réaliser eux aussi la condition objective de l'article 288 LP. Aucune généralisation n'est ici possible; aucune présomption de fait ne semble donc souhaitable. La réponse dépend en définitive des circonstances particulières de l'espèce.

§ 3. Deux conditions subjectives?

L'article 288 LP énonce deux conditions subjectives. L'une relative au débiteur: l'**intention dolosive**; l'autre relative au bénéficiaire de l'acte révocable: le **connivence**. Nous examinons d'abord la définition jurisprudentielle actuelle de chacun de ces concepts (infra a.), puis son application aux groupes (infra b.). Cela nous conduira en particulier à conclure qu'en matière de groupes ces deux conditions se confondent et ne deviennent donc qu'une.

a. Les principes jurisprudentiels

La démonstration positive de la réalisation des deux conditions subjectives de l'article 288 LP est très difficile voire impossible à effectuer. C'est pourquoi, pour en atténuer la rigueur, le Tribunal fédéral a progressivement objectivé ces conditions ⁽²⁹²⁾. C'est ainsi que, selon la jurisprudence actuelle:

aa. L'intention dolosive du débiteur est considérée comme établie:

« lorsqu'il a pu et dû prévoir que l'acte incriminé aurait pour effet naturel de porter préjudice aux créanciers ou de favoriser certains d'entre eux au détriment des autres; il n'est pas nécessaire que le débiteur ait agi dans le but de porter atteinte aux droits des créanciers ou d'avantager certains

⁽²⁹¹⁾ Voir supra, pp. 161ss et 177ss.

⁽²⁹²⁾ Sur le caractère objectif des conditions subjectives de l'article 288 LP, voir FITTING, Remarques sur l'action révocatoire, RSJ 1953, p. 21 IV.

d'entre eux, mais il suffit qu'il ait pu ou dû se rendre compte que son acte aurait normalement cette conséquence» ⁽²⁹³⁾.

Il y a donc lieu de se détacher de la véritable intention du débiteur pour examiner si, objectivement, le résultat dommageable devait être considéré par lui comme une conséquence naturelle et prévisible de son acte ⁽²⁹⁴⁾.

bb. La connivence doit être entendue dans ce sens que :

«le bénéficiaire a pu et dû prévoir, en usant de l'attention commandée par les circonstances, que l'opération incriminée aurait pour conséquence naturelle de porter préjudice aux créanciers, ou de le favoriser au détriment des autres créanciers» ⁽²⁹⁵⁾.

Ici l'objectivation réside en ce qu'il suffit que le bénéficiaire ait objectivement pu et dû se rendre compte, eu égard aux circonstances, du caractère préjudiciable de l'acte ⁽²⁹⁶⁾.

La notion de bénéficiaire doit s'entendre largement. Elle ne se limite pas au «créancier favorisé», mais comprend aussi «toute personne à laquelle l'acte attaqué a fait acquérir des biens provenant du patrimoine du débiteur» ⁽²⁹⁷⁾.

b. Application aux groupes

aa. Portée de la discussion

L'examen des deux conditions subjectives posées par l'article 288 LP présente certaines particularités lorsque l'acte révocable est intervenu entre deux membres d'un même groupe. Avant de les examiner, et pour éviter tout malentendu, nous tenons à insister sur le fait que le raisonnement que nous proposons n'a d'autre ambition que celle de s'appliquer aux groupes de sociétés proprement dits, y compris toutes les personnes qui leur sont «internes». Rappelons que nous avons défini ceux-ci comme un ensemble de sociétés soumises à une direction unique effective ⁽²⁹⁸⁾, avec pour conséquence que ces différentes sociétés ne jouissent plus d'une souveraineté décisionnelle, mais voient en quelque sorte la conscience et la volonté de la

⁽²⁹³⁾ ATF 83 III, pp. 82ss, 85; ATF 89 III, pp. 14ss.

⁽²⁹⁴⁾ FRITZSCHE Hans, op. cit. note (106), vol. II, p. 269; ATF 21, p. 1267.

⁽²⁹⁵⁾ JAEGER Charles, op. cit. note (106), vol. III, p. 45; ATF 32 II, p. 25.

⁽²⁹⁶⁾ JAEGER Charles, op. cit. note (106), vol. III, p. 44; FRITZSCHE Hans, op. cit. note (106), vol. II, p. 270. Voir aussi le texte allemand de l'article 288 LP: «in der dem andern Teil erkennbaren Absicht...» (intention reconnaissable pour l'autre partie).

⁽²⁹⁷⁾ JAEGER Charles, op. cit. note (106), vol. III, p. 45; ATF 32 II, p. 25.

⁽²⁹⁸⁾ Voir supra, Ière Partie, pp. 38ss.

direction unique se substituer à la leur propre ⁽²⁹⁹⁾. A défaut d'**unité décisionnelle**, les inconvénients réels ou supposés des groupes de sociétés pour leurs créanciers externes n'interviennent en principe pas. Le libre arbitre de chaque société joue alors en effet pleinement son rôle de cerbère de l'intérêt social.

Même si l'acte considéré n'a pas été dicté par la direction unique (ou s'il est impossible de prouver qu'il l'a été), subsiste en revanche l'**unité de l'information** au sein du groupe. Or ces deux caractéristiques: unité décisionnelle et unité informationnelle permettent, croyons-nous, de tirer des conclusions qui devraient rendre l'action de l'article 288 LP considérablement plus attrayante et efficace au sein des groupes.

bb. La notion de bénéficiaire

La notion de bénéficiaire que l'on rencontre dans la définition jurisprudentielle de la connivence recouvre ⁽³⁰⁰⁾ celle de la légitimation passive à l'action révocatoire. Selon l'article 290 LP, en effet, pour posséder la légitimation passive il faut en substance avoir bénéficié de l'acte révocable. Nous renvoyons en conséquence ici intégralement à notre paragraphe sur le sujet et en particulier à nos considérations sur la portée qu'il faut lui attribuer dans les groupes ⁽³⁰¹⁾.

Rappelons simplement que la notion de bénéficiaire doit s'entendre largement. Elle correspond pratiquement à celle d'enrichi. Dans les groupes de sociétés ce pourra être toute autre société du groupe (qu'elle soit fille, mère, soeur ou cousine), mais aussi une personne physique interne au groupe (par exemple un actionnaire ou un contrôlaire ⁽³⁰²⁾) qui a profité directement ou indirectement de l'acte révocable.

Nous évitons à dessein de limiter la qualité de bénéficiaire aux membres du groupe, de manière à ne pas faire dépendre cette qualité de la définition du groupe que l'on adopte vu les difficultés qu'une telle définition comporte ⁽³⁰³⁾. Le bénéficiaire pourra d'ailleurs même être, dans des cas exceptionnels, une personne externe au groupe (voir les communautés publiques italiennes dans notre exemple inspiré de l'affaire de Seveso ⁽³⁰⁴⁾).

⁽²⁹⁹⁾ Pour une distinction des groupes selon leur centralisation décisionnelle, voir supra, pp. 46ss.

⁽³⁰⁰⁾ Moyennant, il est vrai, quelques limitations relatives à la bonne foi.

⁽³⁰¹⁾ Voir supra, IIe Partie, Chapitre II.A, pp. 74ss.

⁽³⁰²⁾ Pour une définition du terme «contrôlaire», voir CHAMPAUD Claude, Le pouvoir de concentration de la société par actions, op. cit. note (6), p. 160 note (2).

⁽³⁰³⁾ Voir supra, pp. 35ss.

⁽³⁰⁴⁾ Voir supra, pp. 26s.

cc. *Confusion des conditions subjectives*

Dès le moment où l'on admet — et c'est notre prémisse — qu'un acte révocable est intervenu entre deux membres d'un groupe, c'est-à-dire entre deux personnes soumises à une direction unique effective, **il n'y a plus aucune raison de distinguer les deux conditions subjectives** de l'article 288 LP telles que nous les avons rappelées précédemment. Il n'y a en effet plus aucune raison d'examiner séparément l'intention du débiteur (dolosive) et celle du bénéficiaire (connivente) puisque **ces deux intentions coïncident**, puisque, selon les termes mêmes de l'un de nos tribunaux ⁽³⁰⁵⁾ elles sont «incorporées dans la même personne»: la direction unique. Nous prétendons que l'élément subjectif qui doit alors être réalisé n'est plus double, mais — en quelque sorte par confusion — **qu'il se réduit en réalité à l'examen de la seule intention de la direction unique.**

Outre l'arrêt du tribunal cantonal vaudois précité ⁽³⁰⁶⁾, notre proposition peut prendre appui sur un certain nombre d'opinions exprimées en doctrine en matière de groupes. Nous pensons en effet tout d'abord qu'elle rejoint la réflexion de PETIT-PIERRE-SAUVAIN qui déclare que dans les groupes de sociétés la connivence du bénéficiaire est en principe réalisée, car les autres membres du groupe sont «en principe au courant de la situation de la filiale et de ses difficultés financières» ⁽³⁰⁷⁾. Il en va de même de DALLEVES qui déclare :

«Etant donné que la société débitrice est par hypothèse soumise à la direction unique, la notion de «connivence» n'a plus guère de sens: on admettra en principe que cette condition est remplie.» ⁽³⁰⁸⁾.

Il ne nous semble toutefois pas que ces deux auteurs tirent toutes les conséquences logiques du raisonnement. Ils ne proposent en effet pas de réunir les deux conditions subjectives de l'art. 288 LP, mais seulement de présumer la réalisation de l'une d'entre elles (la connivence). Il est vrai que dans les deux cas une seule condition subjective reste à démontrer (l'intention de la direction unique). A nos yeux il est cependant plus satisfaisant de déduire les ultimes implications de ce raisonnement et d'admettre clairement l'unicité de l'élément subjectif.

⁽³⁰⁵⁾ Ces termes sont en effet empruntés au Tribunal cantonal du canton de Vaud qui a déclaré dans un récent jugement, à propos de la réalisation des conditions subjectives de l'article 288 LP dans le cadre d'un groupe de sociétés: «Depuis des années, la situation financière de la débitrice était critique, de même que celle de la créancière. Les signataires de déclarations successives de remise conditionnelle de dette ne pouvaient pas ne pas s'en rendre compte et le bénéficiaire le savait tout aussi bien **puisque incorporé dans la même personne**» (c'est nous qui soulignons). Arrêt du 18 novembre 1981, publié in: SAG, 1982, pp. 87ss, 88, 89.

⁽³⁰⁶⁾ Voir note (305).

⁽³⁰⁷⁾ PETITPIERRE-SAUVAIN Anne, op. cit. note (7), p. 137, n° 178.

⁽³⁰⁸⁾ DALLEVES Louis, op. cit. note (7), p. 682.

Cette conséquence de l'unité de conscience et de volonté qui règne au sein des groupes a d'ailleurs déjà été judicieusement mise en lumière par JAEGGI à propos des contrats conclus entre sociétés de groupe («Konzernverträge»). Selon cet auteur, en effet, les conventions passées entre deux sociétés appartenant au même groupe ne peuvent être considérées comme de véritables contrats, car elles ne résultent pas de la libre manifestation de volontés réciproques, mais de décisions internes prises par la direction unique («Verbandsinterne Abreden») ⁽³⁰⁹⁾. Elles ne sont pas le fruit d'une pluralité de volontés, mais d'une volonté unique. A notre avis, si cela est vrai pour la formation des contrats au sein du groupe, cela est nécessairement vrai aussi pour l'action révocatoire de l'article 288 LP. De fait, celle-ci n'est en définitive qu'un moyen de droit pour l'application duquel on est amené à analyser judiciairement la conscience et la volonté des parties au moment de la conclusion d'un contrat particulier, prétendument révocable.

Nous pensons en conséquence que la composante subjective de l'article 288 LP au sein des groupes n'est pas double, mais qu'elle se réduit au seul examen de l'intention de la direction unique du groupe. L'élément constitutif subjectif de cette disposition se résume dès lors (de lege lata) à la question suivante lorsqu'elle est appliquée à un groupe de sociétés:

La direction unique du groupe a-t-elle pu et dû prévoir, en usant de l'attention commandée par les circonstances, que l'opération incriminée causerait normalement un préjudice à certains créanciers externes, ou qu'elle favoriserait certains créanciers (en général internes) au détriment des autres (en général externes)?

dd. Prémption de réalisation de la condition subjective

La question que nous venons de formuler se décompose en réalité en deux sous-questions:

1°. celle de savoir si la direction unique du groupe connaissait ou aurait dû connaître le caractère dommageable de l'acte révocable pour le débiteur (infra 1°);

2°. celle de savoir si la direction unique avait prévu ou aurait dû prévoir que les créanciers du débiteur seraient les victimes finales de ce dommage. Cette question pose incidemment celle de la prévisibilité de la faillite (infra 2°).

⁽³⁰⁹⁾ SCHOENENBERGER/JAEGGI, n° 68 ad art. 1 CO: «Konzernverträge Z.B. Beherrschungs-, Gewinnablieferungs- und Betriebsüberlassungsverträge; vgl. 291 ff. des deutschen Aktiengesetzes von 1965) sind nur in einem formellen Sinne Verträge, falls die (zwar verschiedenen) Rechtssubjekte, welche als «Parteien» auftreten, unter der gleichen Leitung stehen und daher keinen verschiedenen Willen haben können. Materiell handelt es sich daher um verbandsinterne Abreden, so dass die Regeln über die Verträge Z.B. Art. 23 ff. und ZGB Art. 27 Abs. 2) überhaupt nicht anwenbar sind (...), gesetzliche Sonderregeln hierüber gibt es nicht (références)».

1°. *Connaissance du caractère dommageable*

Nous pensons que dans un groupe de sociétés, dès le moment où la condition du préjudice causé au débiteur est réalisée (condition objective), l'on peut présumer que ce préjudice était connu ou pouvait être connu par la direction unique du groupe. En effet, mieux que quiconque la direction unique jouit d'une vue d'ensemble de la situation patrimoniale des sociétés qu'elle domine, de leurs besoins, de leur intérêt et des conséquences de chaque transaction. C'est elle qui décide que la prestation du débiteur et la contre-prestation du bénéficiaire ne seront pas d'égale valeur. C'est elle qui fixe le prix et les modalités de paiement. C'est elle qui décide que les prestations échangées seront d'égale valeur, mais qui utilise celle du bénéficiaire d'une manière préjudiciable aux créanciers externes du débiteur⁽³¹⁰⁾. Dans les deux cas, la direction unique ne peut prétendre qu'elle ignorait que l'opération incriminée causerait normalement un préjudice au débiteur, puisque cet acte était délibéré, et son résultat — un transfert de patrimoine au sein du groupe — en général recherché⁽³¹¹⁾, ou en tous cas accepté pour le cas où il se produirait. L'ignorait-elle même de bonne foi, elle ne pourra en toute hypothèse pas se prévaloir de son ignorance car, en tant qu'organe de fait du débiteur, elle disposait — ou pouvait disposer — de toutes les informations nécessaires à la détermination du caractère équilibré, ou au contraire préjudiciable de l'acte considéré.

Ce raisonnement n'est, à nos yeux, qu'une autre conséquence du phénomène particulier que constitue la direction unique. Elle se justifie de lege lata par la seule logique des circonstances, dont, rappelons-le, l'article 289 LP permet au juge de tenir compte assez librement⁽³¹²⁾.

On peut signaler ici que, sur la base des mêmes considérations de faits la jurisprudence américaine, notoirement pragmatique, en est arrivée à renverser le fardeau de la preuve de la bonne foi de la direction unique en cas de transaction entre les sociétés qu'elle contrôle (donc "intra-groupe"). Ainsi par exemple récemment:

«When directors of a Delaware corporation are on both sides of a transaction, they are required to demonstrate their utmost good faith and the most scrupulous inherent fairness of the bargain (ref.). The requirement of fairness is unflinching in its demand that where one stands on both sides of

⁽³¹⁰⁾ Voir supra, p. 108, par exemple en réalisant un actif à son juste prix, mais dans le seul but de faire disparaître ainsi plus facilement le produit de réalisation.

⁽³¹¹⁾ Voir par exemple l'ATF 110 Ib p. 127 = SJ 1985, pp. 105ss, 106 et 107 «... la direction du groupe peut elle-même ordonner, à l'intérieur du groupe, des transferts de ressources et de capitaux entre les diverses sociétés comme si elles étaient de simples instruments à sa disposition... Dans les groupes suisses, il existe une pratique analogue».

⁽³¹²⁾ Pour une analyse de la portée de l'article 289 LP, voir supra, pp. 77ss.

a transaction, he has the burden of establishing its entire fairness, sufficient to pass the test of careful scrutiny by the courts (ref.). There is no dilution of this obligation where one holds dual or multiple directorships, as in a parent-subsidiary context (ref.).»⁽³¹³⁾

Nous proposons ainsi, de lege lata, de présumer que la direction unique connaissait ou aurait dû connaître le caractère dommageable pour le débiteur des actes révocables qui ont bénéficié à un autre membre du groupe. Bien entendu, il ne s'agit pas d'une présomption irréfragable, mais d'un simple renversement du fardeau de la preuve. La preuve par la direction unique de son ignorance non fautive — ou en tous cas la démonstration de la vraisemblance de celle-ci — demeure absolument possible.

2°. Identification des victimes finales

Cette première conclusion, qui permet d'opposer à la direction unique la connaissance du caractère préjudiciable de l'acte révocable, ne permet cependant pas encore de conclure que la direction unique savait ou aurait dû savoir que les créanciers seraient lésés par cet acte, qu'ils seraient les victimes finales de l'acte révocable. Or cette connaissance, ou cette ignorance fautive, est indispensable à la réalisation de l'élément subjectif de l'article 288 LP. Cette exigence figure d'ailleurs dans le texte même de l'article:

« tous actes faits par le débiteur dans l'intention de porter préjudice à ses créanciers, ... ».

L'on sait toutefois que notre droit présume que les créanciers d'une société ne sont lésés qu'à partir du moment où celle-ci est en faillite⁽³¹⁴⁾. La question de savoir si la direction unique aurait pu ou dû prévoir que les créanciers du débiteur seraient lésés dépend en conséquence de celle de savoir si elle pouvait ou devait prévoir la faillite du débiteur.

Mais, en réalité, les créanciers du débiteur sont (matériellement) déjà lésés à partir du moment où celui-ci est surendetté⁽³¹⁵⁾. Dès ce moment en effet et par

⁽³¹³⁾ Weinberger v. UOP, Inc., Supreme Court of Delaware, 1983, 457 A.2d. 701, p. 127. Voir aussi BUXBAUM Richard M., SCHNEIDER Uwe H., Die Fortentwicklung und der Konzernklage im amerikanischen Recht, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, n° 11, avril 1982, pp. 199ss, 218. Le principe cité par ces auteurs vaut de manière très générale en droit américain dans tous les cas de transaction entre membres d'un même groupe. Voir à ce propos en particulier les arrêts In re Mid-Town Produce Terminal, Inc., 599 F.2d 389 (1979), pp. 392-393 et United Tiwing Company v. Phillips, 242 F.2d 627 (1957).

⁽³¹⁴⁾ Voir supra, pp. 56ss, b. Insolvabilité, surendettement et faillite.

⁽³¹⁵⁾ Voir supra, note 99 et pp. 62s.

définition ⁽³¹⁶⁾, le débiteur n'est plus en mesure de désintéresser intégralement ses créanciers. Or, nous l'avons vu ⁽³¹⁷⁾, le moment du début du surendettement et celui de la faillite ne coïncident généralement pas. En pratique, le surendettement intervient le plus souvent avant, voire bien avant la faillite. L'on peut donc prétendre aussi, alternativement, que la question de savoir si la direction unique aurait pu ou dû prévoir que les créanciers du débiteur seraient lésés dépend de celle de savoir si elle connaissait ou pouvait connaître l'état de surendettement du débiteur.

Il est vrai que, contrairement à l'article 287 LP, l'article 288 LP ne compte pas le surendettement (l'«insolvabilité») au rang de ses conditions d'application. Ce fait ne saurait cependant être interprété comme restreignant d'une quelconque manière la portée de cette disposition. Il est uniquement destiné à augmenter le champ d'application de l'article 288 LP en permettant la révocation d'actes accomplis par le débiteur non seulement alors qu'il était déjà surendetté, mais aussi alors qu'il était encore in bonis.

Il apparaît dès lors que la réponse à la question de savoir si la direction unique aurait pu ou dû prévoir que l'acte révocable porterait préjudice aux créanciers du débiteur dépend (alternativement) de celle de savoir si elle connaissait ou aurait dû connaître le surendettement de ce dernier **ou** (si le débiteur était in bonis au moment de l'acte révocable) de celle de savoir si elle aurait pu ou dû prévoir sa faillite.

Avant d'aborder le problème de la prévisibilité de la faillite, qui se pose en toute hypothèse (infra 2.3.), nous sommes ainsi amené à opérer une première distinction selon que l'acte révocable est intervenu alors que le débiteur était déjà surendetté (infra 2.1.) ou encore in bonis (infra 2.2.).

2.1. Surendetté

Si, immédiatement après l'acte révocable, le débiteur est surendetté, cela signifie nécessairement que l'acte en question a lésé ses créanciers ⁽³¹⁸⁾. Cela est vrai aussi bien lorsque l'acte révocable est la cause de surendettement, que s'il a seulement accru un état de surendettement préexistant ⁽³¹⁹⁾. Par définition en effet, les créanciers d'une société surendettée ne sont pas totalement désintéressés dans la faillite. Ils sont donc lésés par tout acte qui appauvrit leur débiteur. Dès lors, si l'on peut opposer à la direction unique le fait qu'elle connaissait ou aurait dû connaître le surendettement, on peut lui reprocher d'avoir su ou dû savoir que les créanciers seraient ou risquaient d'être lésés.

⁽³¹⁶⁾ Rappelons que nous avons défini le surendettement comme l'état dans lequel se trouve une personne lorsque ses dettes excèdent ses avoirs, voir supra, p. 58.

⁽³¹⁷⁾ Voir supra, Surendettement et faillite, pp. 62s.

⁽³¹⁸⁾ Cet état de fait est réalisé dans la première (le transfert accentue le surendettement préexistant) et dans la deuxième (le transfert cause le surendettement) hypothèses décrites supra, p. 64.

⁽³¹⁹⁾ Cette alternative correspond aux deux premières hypothèses supra, p. 64.

Nous l'avons déjà dit, dans un groupe de sociétés la direction unique jouit d'une connaissance privilégiée de la situation financière des sociétés qu'elle domine. Elle a accès à toutes les informations utiles, non seulement en ce qui concerne le débiteur pris individuellement, mais aussi sur un plan consolidé. Il apparaît dès lors évident qu'elle est mieux placée que quiconque pour déterminer si le débiteur, au moment de l'acte révocable, était surendetté ou encore *in bonis*. On peut donc raisonnablement partir du principe que si le débiteur est surendetté la direction unique peut — ou doit — le savoir. Si, dans ces circonstances, elle accepte que le débiteur soit appauvri par un acte révocable, elle doit savoir qu'il en résultera un préjudice pour les créanciers.

Cette argumentation nous conduit à proposer que la condition subjective de l'article 288 LP soit présumée réalisée dans tous les cas où l'on peut établir qu'immédiatement après l'acte révocable le débiteur était surendetté. En d'autres termes, si le demandeur à l'action parvient à démontrer l'existence du dommage et du surendettement du débiteur (deux éléments objectifs), alors il y a lieu de présumer la réalisation de l'élément subjectif de l'article 288 LP.

Cette conclusion en forme de présomption de fait nous semble, elle aussi, résulter d'une application stricte et logique de la loi actuelle. Il s'agit bien entendu d'une présomption réfragable, c'est-à-dire qu'elle n'entraîne qu'un renversement du fardeau de la preuve. Le défendeur pourra se libérer en rendant vraisemblable son ignorance non fautive. Ce renversement de l'*onus probandi* nous paraît particulièrement heureux puisqu'il décharge le demandeur du poids de la démonstration d'une série d'éléments de fait dont nous nous sommes appliqué à montrer qu'ils constituent souvent pour lui un obstacle infranchissable dans le contexte des groupes de sociétés. Il fait de l'article 288 LP, dans cette hypothèse, une action semi-objective.

Cela dit, si le demandeur ne parvient pas à établir *ex post* le surendettement du débiteur, il lui reste la possibilité de démontrer que, de toute manière, la faillite du débiteur était prévisible (voir *infra* 2.3.).

2.2. *In bonis*

La question de savoir si la direction unique pouvait ou devait prévoir que l'acte révocable léserait en définitive les créanciers est naturellement beaucoup plus délicate si le débiteur est demeuré *in bonis* pendant une période plus ou moins longue après l'acte révocable ⁽³²⁰⁾. Dans ce cas en effet, et contrairement à l'hypothèse du surendettement, l'on ne peut prétendre que l'acte révocable a lésé directement et nécessairement les créanciers du débiteur. De fait et par définition, l'acte révocable n'a porté cette fois atteinte qu'au seul actif net du débiteur. Dès lors, l'alternative est la suivante:

⁽³²⁰⁾ Troisième hypothèse, *supra*, pp. 64s.

- soit l'acte révocable a entamé cette partie de l'actif net qui est déclarée non distribuable par la loi (capital social plus, selon les cas, réserves légales et statutaires ⁽³²¹⁾). Dans ce cas, le transfert est illicite aux yeux du Code des obligations et pourra être annulé sur la base des articles 678 à 680 CO, à moins qu'il ne soit radicalement nul comme le prétendent certains auteurs⁽³²²⁾. Il pourra selon nous également être annulé le cas échéant sur la base de l'article 288 LP. Le problème devient alors celui du concours entre ces différentes actions. Nous le discutons plus loin ⁽³²³⁾;

- soit l'acte révocable n'excède pas l'actif disponible du débiteur. L'action révocatoire se heurte alors de plein front au but même de toute société commerciale qui est de générer et de distribuer un actif net à ses associés. Cette opposition apparaît de prime abord irréductible: d'un côté l'action de l'article 288 LP qui vise l'**annulation** de transferts effectués par le débiteur alors même qu'il était encore in bonis; de l'autre les dispositions claires du droit de la société anonyme ⁽³²⁴⁾ qui lui **permettent de disposer librement** ⁽³²⁵⁾ de son actif — précisément — disponible. Il est en effet raisonnable de prétendre que tout transfert est licite à concurrence de ce montant disponible et qu'en conséquence l'action révocatoire doit être ici par principe écartée.

Nous soulevons ici à nouveau le délicat problème des rapports entre l'action révocatoire et la distribution par le débiteur de ses bénéficiaires, problème auquel nous consacrons la III^{ème} partie de cette thèse ⁽³²⁶⁾. Disons d'emblée qu'à nos yeux le dilemme n'est qu'apparent et limité. Il est limité parce qu'il suppose une relation d'actionariat entre le débiteur et le bénéficiaire du transfert considéré. Il ne concerne en effet que les transferts intervenus entre le débiteur et son actionnaire. Le problème ne concerne donc pas les transferts intervenus, par exemple, entre deux sociétés soeurs, ni même entre une société mère et l'une ou l'autre de ses filiales. Il est également limité parce qu'il ne concerne que les transferts effectués par voie de dividendes au sens technique du terme. Sont dès lors exclus tous les transferts qui

⁽³²¹⁾ Voir les articles 660ss CO, en particulier 671, 674 et 680.

⁽³²²⁾ Voir infra, III^{ème} Partie, pp. 233ss.

⁽³²³⁾ Voir infra, III^{ème} Partie, pp. 223ss, 248.

⁽³²⁴⁾ Voir les articles 660ss CO, en particulier 660 al. 1 (et 646 al. 3) et 698 al. 2 ch. 3 CO: «L'assemblée générale... a le droit inaliénable: 3. D'approuver le compte de profits et pertes, le bilan et le rapport de gestion, de déterminer l'emploi du bénéfice net et en particulier de fixer le dividende et la participation des administrateurs au bénéfice».

⁽³²⁵⁾ Librement, mais non sans limites. Celles-ci se trouvent notamment dans le principe non écrit de l'égalité des actionnaires et dans celui du droit acquis des actionnaires aux dividendes. Rappelons toutefois que ces deux droits acquis ne sont que relatifs: l'assemblée générale peut donc y déroger «dans l'intérêt de la société» (646 CO).

⁽³²⁶⁾ Voir infra, III^{ème} Partie, pp. 223ss.

n'ont de dividendes que le nom, en particulier les «dividendes cachés»⁽³²⁷⁾. Tous ces transferts sont à notre avis révocables⁽³²⁸⁾, à moins qu'ils ne soient radicalement nuls (comme le prétendent certains auteurs⁽³²⁹⁾).

Le problème ne vise ainsi en définitive que les véritables dividendes versés par le débiteur à ses actionnaires internes. Le dilemme devrait toutefois demeurer purement théorique, car l'hypothèse d'un transfert valable selon le CO mais annulable selon la LP semble alors logiquement exclue⁽³³⁰⁾. Cela étant, encore une fois, cette hypothèse ne concerne qu'un nombre relativement limité de transferts. La plupart des actes qui ont pour conséquence d'appauvrir une société de groupe ne peuvent se prévaloir du statut privilégié de véritable dividende. Ils sont en conséquence révocables aux conditions de l'article 288 LP.

On retombe ainsi sur l'examen de la condition subjective de l'article 288 LP et, plus précisément, sur la question de savoir si l'on peut reprocher à la direction unique de n'avoir pas prévu la faillite du débiteur sachant que ce dernier était, par hypothèse, encore in bonis aussi bien avant qu'après l'acte prétendument révocable et que cet acte a pu se produire jusqu'à cinq ans avant la faillite⁽³³¹⁾. Nous ne croyons pas que l'on puisse par principe faire grief à la direction unique de n'avoir pas fait un tel pronostic. Au contraire, plus la faillite est éloignée du transfert, moins ce pronostic paraît possible. A l'inverse, plus la déconfiture est menaçante au moment de l'acte révocable, plus il y aura lieu de considérer que la direction unique aurait pu et dû prévoir cette issue et s'abstenir de disposer des actifs de l'actuel failli. On se rapproche alors progressivement de notre première hypothèse, celle dans laquelle le failli est surendetté immédiatement après l'acte révocable.

Ces considérations nous conduisent à préconiser, pour cette deuxième hypothèse, non pas un renversement du fardeau de la preuve, mais une appréciation des faits qui tienne compte de la proximité temporelle existant entre l'acte révocable et la faillite. Là aussi le juge trouvera appui sur l'article 289 LP⁽³³²⁾.

Cette argumentation, basée sur la logique et le bon sens, semble aujourd'hui pouvoir se prévaloir d'un fondement beaucoup plus objectif. Les sciences économiques prétendent en effet avoir mis au point des méthodes qui permettent — presque mathématiquement — de prévoir la faillite. Si cela est vrai, l'on peut désormais opposer à la direction unique (qui dispose des données nécessaires) la connaissance de la faillite future, dans certains cas tout au moins.

⁽³²⁷⁾ Pour les dividendes dit «cachés», voir *infra*, pp. 236ss.

⁽³²⁸⁾ Voir *infra*, pp. 233ss.

⁽³²⁹⁾ Voir en particulier PROBST Dieter C., *Die verdeckte Gewinnausschüttung nach schweizerischem Handelsrecht*, Thèse, Berne, 1981, pp. 123-124; voir aussi *infra*, pp. 236ss.

⁽³³⁰⁾ Voir *infra*, pp. 247ss.

⁽³³¹⁾ En vertu de l'article 292 LP.

⁽³³²⁾ Pour une analyse de la portée de l'article 289 LP, voir *supra*, pp. 77ss.

2.3. La prévisibilité de la faillite

Etant admis le caractère dommageable de l'acte révocable (supra § 2.b.) et la connaissance de ce caractère dommageable (supra 1°), la question est ici de savoir si l'on peut reprocher à la direction unique du groupe de n'avoir pas prévu la faillite du débiteur, ou de l'avoir acceptée pour le cas où elle se produirait. Si elle pouvait prévoir la faillite, elle pouvait prévoir que les créanciers seraient en définitive lésés par l'acte révocable. Cette question de la prévisibilité de la faillite se pose aussi bien si le débiteur était in bonis (supra 2.1.) que s'il était surendetté (supra 2.2.) à la suite du transfert.

Depuis près de vingt ans, particulièrement aux Etats-Unis, un nombre important d'études ont été consacrées à la prédiction et à la prévisibilité de la faillite⁽³³³⁾. Le but commun de ces études est la mise au point d'une sorte d'équation mathématique («bankruptcy prediction model») qui permette de prédire la faillite éventuelle de la société soumise au test. Les modèles ainsi proposés sont de plus en plus sophistiqués, affinés et précis. Ils tiennent désormais compte d'un grand nombre de

⁽³³³⁾ Voir en particulier (par ordre alphabétique): ALTMAN, E., *Corporate Bankruptcy in America*, 1971; ALTMAN, E., *Predicting Railroad Bankruptcies in America*, 4 J. Econ. & Mgmt. Sci. 184 (1973); ALTMAN, E., *Financial Ratios, Discriminant Analysis and the Prediction of Corporate Bankruptcy*, 23 J. Fin. 589 (1968) (hereafter *Financial Ratios*); ALTMAN, E., *Corporate Bankruptcy Potential, Stockholder Returns and Share Valuation*, 24 J. Fin. 887 (1968); ALTMAN, HALDEMAN & NARAYANAN, *ZETA Analysis: New Model to Identify Bankruptcy Risk of Corporations*, 1 J. Banking & Fin. 29 (1977); ALTMAN & LORIS, *A Financial Early Warning System for Over-the-Counter-Broker Dealers*, 31 J. Fin. 1201 (1976); ALTMAN & MCGOUGH, *Evaluation of a Company as a Going Concern*, 138 J. Acct. 50 (Dec. 1974); BEAVER, *Alternative Accounting Measures as Predictors of Failure*, 43 ACct. Rev. 113 (1968) (hereafter *Alternative accounting Measures*); BEAVER, *Market Prices, Financial Ratios and the Prediction of Failure*, 6 J. Acct. Research 179 (1968); BEAVER, *Financial Ratios as Predictors of Failure, Empirical Research in Accounting: Selected Studies 1966, Supp. to 4 J. Acct. Research 71 (1966)*; BLUM, *Failing Company Discriminant Analysis*, 12 J. Acct. Research 1 (1974); COLLINS DEAKIN, *A Discriminant Analysis of Predictors of Business Failure*, 10 J. Acct. Research 167 (1972); EDMISTER, *An Empirical Test of Financial Ratio Analysis for Small Business Failure Prediction*, 7 J. Fin. 6 Quantitative Analysis 1477 (1972) (hereafter *Empirical Test*); EDMISTER, *Financial Ratio and Credit Scoring for Small Business Loans*, 54 J. Com. Bank Lending 10 (1971); LEV, B., *Financial Failure and Information Decomposition Measures, in Accounting in Perspective: Contributions to accounting Thoughts by Other Disciplines 102-11 (R. Sterling & W. Bentz eds. 1971)*; LIBBY, *Accounting Ratios and the Prediction of Failure: Some Behavioral Evidence*, 13 J. Acct. Research ISO (1975); MEYER & PIFER, *Prediction of Bank Failures*, 25 J. Fin. 853 (1970); MOYER, *Forecasting Financial Failures: A Re-Examination*, 6 Fin. Mgmt. 11 (Spring 1977); OHLSON, *Financial Ratios and the Probabilistic Prediction of Bankruptcy*, 185 J. Acct. Research 109 (1980); SANTOMERO & VINSO, *Estimating the Probability of Failure for Commercial Banks and the Banking System*, 1 J. Banking & Fin. 185 (1977); WILCOX, *A Prediction of Business Failure Using Accounting Data, Empirical Research in Accounting: Selected Studies, 1973, Supp. to 11 J. Acct. Research (1973)*; WHITE R. and TURNBULL M., *The Probability of Bankruptcy: American Railroads, Working Paper, Institute of Finance and Accounting, London University Graduate School of Business (Feb. 1975)*; COLLINS, *An Empirical Comparison of Bankruptcy Prediction Models*, 9 PR Mgmt. 52 (Summer 1980).

paramètres parmi lesquels on peut citer la taille de l'entreprise, son domaine d'activité, ses actifs (circulants et immobilisés), l'échéance de ses dettes ainsi que différents rapports entre ces données ⁽³³⁴⁾. Ces modèles n'ont pas pour but de prédire la date exacte de la faillite. Ils sont plutôt des tests de viabilité. Ils ne permettent pas de dire que telle société connaîtra la faillite d'ici un, deux ou trois ans, mais qu'elle connaîtra la faillite avec une certaine probabilité. Dans ce pronostic, la plupart des modèles se réservent bien entendu une marge d'erreur.

Entre la faillite presque certaine et la faillite presque exclue, ils prévoient en conséquence une «zone grise», appelée aussi «zone d'ignorance» ⁽³³⁵⁾. Lorsque le résultat du test situe une société dans cette zone d'ignorance, des examens complémentaires sont recommandés ⁽³³⁶⁾. Il est intéressant de constater que certains auteurs ont proposé que toute distribution d'actif, sous quelque forme que ce soit (en particulier sous forme de dividendes) soit interdite au débiteur lorsqu'il résulte du test qu'il se trouve dans la «zone d'ignorance» ⁽³³⁷⁾.

⁽³³⁴⁾ Voir ainsi par exemple le premier des deux modèles proposés par OHLSON, op. cit. note (333), pp. 117-123. Ce modèle utilise la formule suivante pour prédire la faillite moins d'une année avant qu'elle ne survienne:

$$P = (-.407) \text{ Size} + 6.03 \text{ TLTA} + (-1.43) \text{ WCTA} + 0.757 \text{ CLCA} + (-2.37) \text{ NITA} + (-1.83) \text{ FUTL} + 0.285 \text{ INTWO} + (-1.72) \text{ OENEG} + (-.521) \text{ CHIN} + (-1.32) \text{ CONST}, \text{ where:}$$

Size = \log (total assets/GNP price-level index).

TLTA = total liabilities divided by total assets.

WCTA = working capital divided by total assets.

CLCA = current liabilities divided by current assets.

OENEG = one if total liabilities exceeds total assets, zero otherwise.

NITA = net income divided by total assets.

FUTL = funds provided by operations divided by total liabilities.

INTWO = one if net income was negative for the last two years, zero otherwise.

CHIN = $(NI_t - NI_{t-1}) / (NI_t + NI_{t-1})$ where NI_t is net income for the most recent period.

Le résultat obtenu (P) se situe nécessairement entre 0 et 1, inclusivement. Le point de rupture se situe à 0,5. Si P est supérieur à 0,5, la faillite est prédite. Si P est inférieur à 0,5, la société est considérée comme viable.

⁽³³⁵⁾ BEN-DROR Yoav, op. cit. note (222), p. 388.

⁽³³⁶⁾ Voir par exemple EDMINSTER, op. cit. note (333), p. 1489; MEYER et PIFER, op. cit. note (333), p. 868. Les termes «zone d'ignorance» sont dus à ALTMAN Edward, *Financial Ratios, Discriminant Analysis and the Prediction of Corporate Bankruptcy*, op. cit. note (221), p. 606. Cette zone d'ignorance est atteinte lorsque, par exemple, le résultat du test d'OHLSON -supra, note (334)- se situe légèrement au-dessus ou légèrement au-dessous de 0,5.

⁽³³⁷⁾ Voir dans ce sens BEN-DROR Yoav, op. cit. note (222), p. 388 note (65): «State distributions statutes could use a model of bankruptcy prediction to define such a zone of ignorance. The statute could provide that in gray area cases, distributions will be permitted only if the corporation can obtain from an independent accountant an opinion, based on a qualitative study, approving such distributions. In the alternative, the statute could provide that distributions be made to shareholders contingent upon a recall in case of bankruptcy within a defined period».

La valeur de ces tests dépend bien entendu de leur degré de précision. Selon leurs auteurs (qui les ont vérifiés *ex ante* sur un nombre important de sociétés faillies) cette précision est presque absolue dans l'année qui précède la faillite, puis tend à décroître assez sensiblement. Ainsi, selon le test proposé par ALTMAN⁽³³⁸⁾, la faillite est prévisible dans 95% des cas une année avant qu'elle n'intervienne; dans 72% des cas deux ans avant et dans 48% des cas trois ans avant. D'autres auteurs parviennent à des résultats analogues, par exemple COLLINS⁽³³⁹⁾ qui, avec deux modèles différents, parvient à prédire la faillite dans, respectivement, 94,4% et 92,5% des cas un an avant sa survenance. OHLSON⁽³⁴⁰⁾ obtient 96,12% pour la même période.

Nous n'entendons pas nous prononcer sur la valeur scientifique de ces tests et des statistiques qui les accompagnent. On devrait de toute manière examiner attentivement si ces différents modèles sont utilisables tels quels en Suisse. Ces questions pourraient d'ailleurs faire l'objet d'intéressantes études chiffrées basées sur les sociétés faillies dans notre pays. Notre but est ici seulement d'attirer l'attention sur l'existence de ces nouveaux instruments et de prétendre que, s'ils sont exacts et opérationnels, la faillite devient objectivement prévisible dans la majorité des cas, à court, voire à moyen terme. Bien entendu l'utilisation de ces tests suppose le possession d'un grand nombre de données (structure du financement, exigibilité de la dette, liquidité, etc.). Mais cela n'est pas un obstacle pour la direction unique du groupe qui dispose de — ou peut se procurer — ces chiffres sans difficultés. Il va sans dire que l'on veillera à ne pas fausser le pronostic et que l'on utilisera en conséquence seulement les données qui étaient réellement à disposition de la direction unique au moment de l'acte révocable.

Nous pensons ainsi que, dans la mesure où ces modèles de prédiction de la faillite sont fiables, l'on peut, dans un grand nombre d'espèces, opposer à la direction unique du groupe la connaissance ou l'ignorance fautive de la faillite du débiteur. L'on peut, partant, lui opposer la connaissance ou l'ignorance fautive du caractère dommageable de l'action révocatoire pour les créanciers externes. Cette présomption de connaissance sera presque irréfragable si la faillite intervient dans l'année qui suit l'acte révocable. Elle perdra ensuite de son intensité en fonction de l'éloignement de la faillite⁽³⁴¹⁾.

⁽³³⁸⁾ ALTMAN Edward, *Financial Ratios...*, op. cit. note (221), p. 604.

⁽³³⁹⁾ COLLINS, op. cit. note (333), pp. 55-56.

⁽³⁴⁰⁾ OHLSON, op. cit. note (333), p. 121.

⁽³⁴¹⁾ Tel est l'enseignement des résultats (mentionnés *supra*) obtenus par ALTMAN, COLLINS et OHLSON [voir respectivement notes (338), (339) et (340)]. On retiendra schématiquement que la faillite est prévisible dans presque tous les cas une année avant qu'elle n'intervienne, dans 3 cas sur 4 deux ans avant et dans 1 cas sur 2 trois ans avant sa survenance.

3°. *L'exception de l'intérêt de groupe*

L'argument qui nous semble le plus pertinent pour permettre à la direction unique de se libérer de la présomption de connaissance du caractère dommageable de l'acte révocable qui peut lui être opposée dans un certain nombre d'hypothèses, est celui de l'intérêt du groupe. L'«exception de l'intérêt du groupe» consiste pour la direction unique à faire valoir que si l'acte incriminé peut être effectivement considéré comme ayant été immédiatement préjudiciable aux créanciers du failli, il a été en réalité effectué dans l'intérêt du groupe, c'est-à-dire en définitive dans l'intérêt médiat de chacune des sociétés du groupe et donc de chacun des créanciers de celles-ci.

Cet argument est à la fois pertinent et complexe. Pertinent parce que, comme l'a relevé la doctrine unanime sur ce point, il n'est pas contestable que, dans un grand nombre de groupes, chacune des sociétés qui le composent «profite indirectement de la prospérité de l'ensemble dont elle fait partie»⁽³⁴²⁾. C'est là encore une des conséquences du principe des vases communicants que nous nous sommes appliqué à décrire précédemment⁽³⁴³⁾. Il faut bien reconnaître en effet que **la perméabilité des patrimoines sociaux qui caractérise les sociétés de groupes menace — mais aussi et pour les mêmes raisons — favorise parfois leurs créanciers**. Elle peut servir à les spolier de revenus ou d'actifs, mais aussi à leur faire profiter, souvent gratuitement, de prestations qui n'ont d'autre justification que celle de la qualité de membres du groupe des sociétés considérées. Il convient ainsi de ne pas perdre de vue que si le groupe altère le fonctionnement de la société anonyme telle que l'avait conçue notre législateur historique, il ne le fait pas nécessairement toujours au détriment des créanciers externes. **L'intérêt du groupe peut ainsi réellement profiter à chacun de ses membres et donc à tous leurs créanciers**.

Complexe, l'exception de l'intérêt du groupe l'est parce que la question de son bien-fondé repose sur l'examen de la politique du groupe. Or, cette politique est particulièrement difficile à évaluer et à appréhender dans son intégralité⁽³⁴⁴⁾.

⁽³⁴²⁾ DALLEVES Louis, op. cit. note (7), p. 598; voir aussi RUEDIN Roland, Vers un droit des groupes de sociétés?, op. cit. note (7), p. 166; PETITPIERRE-SAUVAIN Anne, op. cit. note (7), p. 11 n° 19, p. 18 n° 37, pp. 22s nos 43ss, p. 109 nos 122ss; HOUIN Roger, Les groupes de sociétés en droit français, Florence, 1982, p. 53; VAN OMMESLAGHE Pierre, Les groupes de sociétés en droit belge, op. cit. note (35), Florence, 1981, pp. 76ss, 97; SCHMIDT Dominique, La responsabilité civile dans les relations de groupes de sociétés, Revue des sociétés, 1981, Dalloz, p. 725; NAACKÉ Henri, Le droit français des groupes de sociétés, op. cit. note (31), p. 136.

⁽³⁴³⁾ Voir supra, I^{ère} Partie, pp. 51ss.

⁽³⁴⁴⁾ Voir dans ce sens DALLEVES Louis, op. cit. note (7), p. 682 «Cette preuve nécessite en effet un examen de la politique du groupe, examen dont nous avons déjà souligné l'extrême complexité».

3.1. Un exemple

Le caractère extrêmement problématique de l'exception de l'intérêt du groupe peut être illustré par l'exemple suivant:

Un groupe est composé des sociétés A et B dont une personne physique C détient la majorité des actions. C constitue la direction unique du groupe. La société A fabrique un seul produit, très spécifique, dont elle détient le brevet. A connaît de graves difficultés financières et sa faillite semble inévitable. La société B commercialise le produit fabriqué par A et bénéficie pour ce faire d'un contrat de vente exclusive. B a accumulé d'importants bénéfices non distribués au cours des années et possède d'importantes liquidités. C décide de transférer de B à A une partie de ces liquidités. Pour ce faire, il augmente les prix facturés par A à B. Cette augmentation de prix constitue une charge supplémentaire pour B. Elle constitue d'autre part un avantage gratuit pour A, car il est par hypothèse démontrable et non contestable que l'ancien prix correspondait à la valeur réelle de la prestation de A. Il en résulte un transfert du patrimoine de B en faveur de A équivalent à la différence de prix. Dès lors, deux scénarios peuvent se présenter:

3.1.1. Scénario I

Grâce à ce transfert, A parvient à redresser sa situation déficitaire et à poursuivre sa production. B évite la faillite de A qui aurait probablement entraîné la sienne propre, puisque les ventes de B dépendent de la production de A. Dans cette première hypothèse, l'intérêt final du groupe — et en particulier celui de la société B — passe par un préjudice immédiat au détriment de B.

3.1.2. Scénario II

A ne parvient pas à redresser sa situation déficitaire et est déclarée en faillite. A ayant cessé sa production, B doit cesser ses ventes. B est en conséquence contrainte à déposer son bilan.

L'administration de la masse en faillite de B intente contre celle de A une action révocatoire visant la nullité des ventes effectuées au prix surfait. A objecte à cette action que le nouveau prix était justifié par l'intérêt du groupe (et donc par celui de B) et que donc la condition subjective de l'article 288 LP n'est pas réalisée. A soutient en effet que, si l'on procède à un pronostic ex ante, c'est-à-dire en se replaçant au moment du transfert, la direction unique ne pouvait pas et ne devait pas prévoir que le transfert incriminé causerait normalement un préjudice aux créanciers de B. Bien au contraire, l'on pouvait raisonnablement s'attendre à ce que la société B — et donc ses créanciers — profitent en définitive de l'assainissement de A.

3.2. La nécessité de tenir compte de l'intérêt du groupe

A première vue, le juge se trouve fondamentalement face à l'alternative suivante:

- soit il refuse par principe de reconnaître l'intérêt du groupe et ne retient que le caractère gratuit du transfert de B à A. L'exception du défendeur A doit alors être écartée et l'action révocatoire de B déclarée bien fondée.

- soit il tient compte de l'état de groupe, de ses synergies, de l'intérêt immédiat et médiate que retire chaque société de son appartenance au groupe considéré. Le juge peut alors être amené à reconnaître qu'il était raisonnable de penser, au moment de l'opération incriminée, que le préjudice immédiat de B allait être compensé par son intérêt à la survie du groupe⁽³⁴⁵⁾. L'exception du défendeur A doit alors être déclarée bien fondée et la masse en faillite de la société B, demanderesse à l'action révocatoire, déboutée.

Cela étant, nous pensons que le choix qui s'offre au juge n'est qu'apparent, car le premier terme de l'alternative que nous venons d'énoncer n'est pas raisonnablement soutenable. Il existe en effet plusieurs raisons pour lesquelles le juge ne peut refuser a priori de prendre en considération l'intérêt du groupe.

3.2.1. Une raison logique

Une raison purement logique d'abord, parce que, à y regarder de près, ce que l'on appelle l'intérêt du groupe est en définitive le plus souvent la somme de l'intérêt propre de chacune des sociétés qui constituent le groupe en question. En conséquence, **la prise en considération de l'exception de l'intérêt du groupe ne dépend pas de l'opinion que l'on peut avoir du groupe en tant que phénomène juridique**. Elle ne signifie pas que l'on accepte le groupe comme tel. Elle signifie simplement que l'on admet que les intérêts propres de plusieurs sociétés peuvent coïncider, voire même s'additionner ou se cumuler. Il s'ensuit que même les plus fermes tenants de la conception classique de la société «souveraine», autonome et indépendante, devront nécessairement prendre en considération ce que l'on a fini par appeler par commodité l'«intérêt du groupe», mais que l'on pourrait aussi bien appeler l'«intérêt commun» ou l'«intérêt cumulé» des différentes sociétés liées. Ainsi, **l'intérêt du groupe peut en définitive s'analyser en termes d'intérêts individuels des sociétés groupées**.

⁽³⁴⁵⁾ Nous avons choisi à dessein, pour ne pas compliquer l'hypothèse, un groupe très simple. Il peut dès lors paraître que les sommes transférées de B à A l'ont été dans son propre intérêt, direct, sans passer par l'intérêt du groupe. Mais ce n'est là rien d'autre que la démonstration de ce que l'intérêt propre des membres du groupe peut coïncider avec l'intérêt du groupe dans son ensemble. Il n'en va pas différemment dans les groupes plus complexes, bien que cela soit alors plus évident.

3.2.2. Le réalisme

Le simple réalisme ensuite, parce que ni le droit — et encore moins le juge — ne peuvent ignorer la réalité. Or, dans la réalité actuelle, l'on ne peut plus s'en tenir à la fiction de l'indépendance de chaque société du groupe. Le groupe, géré par la direction unique dans son intérêt global, est aujourd'hui une réalité pratique irréfutable, comme le relevaient déjà les auteurs du rapport intérimaire sur l'examen du droit des sociétés anonymes de 1972:

«Un droit des sociétés qui part du principe que toutes les sociétés sont des entreprises indépendantes est incomplet, car il existe de nombreuses sociétés qui ne sont pas gérées dans leur propre intérêt, mais dans l'intérêt du groupe.»⁽³⁴⁶⁾

Il semble bien que le Tribunal fédéral lui-même admette aujourd'hui l'existence — si ce n'est la licéité — de cette pratique. L'arrêt du Tribunal fédéral du 5 avril 1984 K.SA, résumé au début de cette thèse, nous semble être extrêmement intéressant à cet égard ⁽³⁴⁷⁾. On y trouve en effet un vocabulaire tout à fait nouveau et révélateur que nous avons déjà eu l'occasion de citer ^(347.1) mais que nous rappelons ici, vu son importance: «intérêt du groupe», «direction du groupe», «à l'intérieur du groupe», «instruction de la direction du groupe», «gestion consolidée», etc. Dans cet arrêt le Tribunal fédéral déclare aussi en particulier:

«En l'absence d'une réglementation spéciale, une filiale suisse ne peut valablement agir au seul profit du groupe auquel elle appartient.»⁽³⁴⁸⁾

Il faut en déduire, nous semble-t-il, qu'une filiale peut en revanche agir dans l'intérêt («au profit») du groupe, pour autant que cet intérêt ne soit pas contraire à celui de la filiale considérée (c'est-à-dire que l'acte considéré ne soit pas «au seul profit du groupe», mais qu'il profite aussi à la filiale envisagée). Rappelons incidemment que le concept d'intérêt du groupe («Konzerninteresse») est un des principes fondamen-

⁽³⁴⁶⁾ Rapport intérimaire du président et du secrétaire du groupe de travail pour l'examen du droit des sociétés anonymes, avril 1972, p. 219 n° 193. (N.B.: nous ne partageons pas l'opinion des auteurs du rapport, dans la mesure où ils semblent sous-entendre que l'intérêt propre de chacune des sociétés du groupe s'oppose nécessairement à celui du groupe en général.) Voir aussi DALLEVES Louis, op. cit. note (7), p. 598: «L'intérêt du groupe est un phénomène nouveau qu'il n'est pas possible d'intégrer dans les schémas classiques»; RODIERE René, La protection des minorités dans les groupes de sociétés, Revue des sociétés, 1970, pp. 243ss, 263: «S'il faut sortir notre droit des sociétés de l'ornière atomistique où la loi de 1966 l'a maintenu, s'il faut enfin donner du fonctionnement des sociétés une vue moins enfantine que celle qui résulterait de la lecture de nos lois...»; PETITPIERRE-SAUVAIN Anne, op. cit. note (7), voir les références citées supra, note (342).

⁽³⁴⁷⁾ ATF 110 Ib, p. 127 = SJ 1985, pp. 105ss, 108, résumé supra, p. 26.

^(347.1) Voir supra, pp. 15/16 et 52.

⁽³⁴⁸⁾ ATF 110 Ib, p. 127 = SJ 1985, pp. 105ss, 107 (c'est nous qui soulignons «au seul profit»).

taux consacrés par le droit allemand des groupes de sociétés de 1965. L'ensemble du «Konzernrecht» allemand n'est d'ailleurs pas autre chose qu'une série de dispositions destinées à tirer les conséquences (en particulier dans la perspective de la protection des créanciers externes) de la reconnaissance du concept de Konzerninteresse⁽³⁴⁹⁾.

3.2.3. Un motif économique

Un motif économique enfin, parce que, en ne reconnaissant pas l'intérêt du groupe, on risque de décourager préventivement et de manière générale les sauvetages de sociétés auxquels se livrent fréquemment certains groupes, et ce particulièrement en période de crise économique. Il en découlerait des conséquences graves tant pour les travailleurs que pour l'ensemble des créanciers, en particulier externes. Ceux-ci seraient en définitive les premiers perdants chaque fois qu'une société, pour des raisons objectives et sans abus, se trouverait — même provisoirement — en difficulté. Nous pouvons ici citer PLEVEN qui remarquait très pertinemment:

«Il convient (...) de se prémunir contre les abus. Mais l'arbre ne doit pas cacher la forêt. Celle d'une économie en expansion grâce notamment à la constitution des groupes qui profitent non seulement aux majoritaires, mais souvent aussi, Dieu merci, aux minoritaires et aux créanciers de sociétés en difficulté, reprises par un groupe dynamique. Il convient donc d'être circonspect et de ne pas adopter trop tôt de règles juridiques trop rigides qui assureraient sans doute théoriquement la protection des tiers et des associés mais qui, en fait, pourraient se retourner contre eux.»⁽³⁵⁰⁾

Cette argumentation n'est d'ailleurs pas nouvelle en Suisse; elle a en effet déjà été retenue par le Tribunal fédéral lui-même dans ses considérants relatifs à une action révocatoire:

«L'action révocatoire n'a pas pour but en effet de rendre impossibles ou très risquées toutes tentatives de sauvetage de débiteur. Il est dans l'intérêt des créanciers que des tiers tentent de venir en aide à leur débiteur sans avoir à

⁽³⁴⁹⁾ Voir à ce propos par exemple IMMENGA Ulrich, Company Systems in German Law, Institut universitaire international, Luxembourg, juillet 1973, pp. 116ss, en particulier 118ss: «A legitimate group interest (Konzerninteresse) is explicitly recognized even if it is contrary to the interests of an affiliated company though certain rules have to be observed».

⁽³⁵⁰⁾ Allocation de M. René PLEVEN, Garde des Sceaux, au dîner-débat du Conseil supérieur de l'Ordre des experts-comptables et des comptables agréés. Paris, 9 juin 1971, cité in: Documentation du Congrès de Liège, octobre 1972, et par DALLEVES Louis, op. cit. note (7), p. 634; voir aussi PRENTICE D., Groups of Companies: The English Experience, Florence, 1982, p. 112.

courir le risque de se voir déchu du droit de récupérer leurs avances dans le cas où leur concours se serait révélé inutile.» ⁽³⁵¹⁾.

3.2.4. Conclusion sur la prise en considération de l'intérêt du groupe

Pour ces différentes raisons, le juge va être à notre avis nécessairement amené à se pencher sur l'intérêt du groupe. Il devra examiner la politique du groupe et évaluer si, au moment de son exécution, l'acte révocable pouvait raisonnablement être considéré comme profitant au groupe, en général, et au débiteur, en particulier. Il devra, en d'autres termes, trancher la délicate question de savoir si la direction unique du groupe pouvait et devait prévoir la survenance du scénario II (décrit ci-dessus p. 130) ou plutôt celle du scénario I (p. 130). Ce faisant, sa première tâche, relativement facile, consistera à faire le départ entre les groupes de «bonne foi», qui visent la prospérité de l'ensemble de leurs membres (principe des vases communicants⁽³⁵²⁾), et les groupes qui ne sont gérés que dans l'intérêt de certains de leurs membres (principe du siphon⁽³⁵³⁾). Ces derniers ne sauraient en effet, par définition, se prévaloir de l'intérêt du groupe⁽³⁵⁴⁾.

3.3. La complexité de l'intérêt du groupe

La question de la prise en considération de l'intérêt du groupe apparaissant comme une nécessité logique, pratique et économique, il y a lieu maintenant d'en examiner le bien-fondé. Ainsi que nous l'avons déjà relevé à la suite de DALLEVES⁽³⁵⁵⁾, il s'agit là d'un problème particulièrement complexe. De nombreuses raisons expliquent cette complexité. Nous en citerons trois.

Tout d'abord, il est vain de vouloir proposer à ce problème une solution qui soit généralement satisfaisante. De fait, il serait erroné d'affirmer que l'intérêt du groupe est a priori contraire à l'intérêt social du débiteur ou que celui-ci est a priori contraire à l'intérêt du groupe. Toute réponse en ce domaine est casuistique. Parfois l'intérêt

⁽³⁵¹⁾ ATF 78 III, pp. 83ss, 87-88. Cette espèce ne concernait, il est vrai, pas deux sociétés du même groupe. Il nous semble néanmoins que l'argumentation du Tribunal fédéral a une portée toute générale et s'applique donc également aux rapports entre sociétés liées.

⁽³⁵²⁾ Voir supra, pp. 51ss.

⁽³⁵³⁾ Voir supra, pp. 54ss.

⁽³⁵⁴⁾ Cela permet d'exclure tous les groupes dont les ressources sont plus ou moins systématiquement siphonnées par leur direction unique, c'est-à-dire tous les groupes et tous les cas où a été appliqué le principe du siphon décrit supra, pp. 54ss. Ainsi ces groupes de sociétés dans lesquels «on a relevé des indices permettant d'établir que des filiales en elles-mêmes saines avaient été menées à l'effondrement par une politique de groupe contraire à leurs intérêts, soit que les prix insuffisants fixés pour les opérations du groupe aient entraîné l'épuisement de leur patrimoine, soit qu'elles aient été retirées du circuit économique en tant que concurrents, ou amenées à échanger des paquets d'actions rentables contre les titres sans valeur d'autres membres du groupe». KROPPF, *Das Konzernrecht des Aktiengesetzes*, BB 1965, p. 1281, cité par PETITPIERRE-SAUVAIN Anne, op. cit. note (7), p. 22 n° 44.

⁽³⁵⁵⁾ DALLEVES Louis, op. cit. note (7), p. 682.

du groupe correspond à l'intérêt de la société envisagée prise isolément et lui est salutaire. Ainsi le scénario I que nous avons décrit précédemment n'a-t-il rien d'exceptionnel, même s'il ne fait bien évidemment que rarement l'objet de litiges devant nos tribunaux. Mais il arrive aussi parfois que l'intérêt du groupe — même légitime — ne corresponde pas à celui du débiteur, voire même qu'il lui soit opposé. Pour des raisons évidentes cette hypothèse tend à devenir la règle dès le moment où la direction unique se convainc que la faillite du débiteur en question est irrémédiable. Il n'est pas rare alors que ce dernier soit sacrifié au profit de la partie encore viable du groupe ⁽³⁵⁶⁾. Parfois l'intérêt du groupe ne coïncide que partiellement avec celui du débiteur. Parfois enfin ces intérêts ne correspondent pas immédiatement, mais on peut légitimement prévoir qu'ils correspondront dans l'avenir.

L'intérêt du groupe est ensuite rendu complexe par le grand nombre de paramètres dont il est la résultante: facteurs objectifs et subjectifs, calculs de risque, interaction de ces différents facteurs et influence de la conjoncture économique des différents Etats dans lesquels le groupe opère, etc. Le problème pourra apparaître insoluble au juge si l'on ajoute à cela que l'intérêt du groupe, ainsi que nous l'avons relevé, doit être envisagé ex ante, c'est-à-dire en se replaçant au jour de l'accomplissement de l'acte prétendument révocable, et non pas ex post comme on aura souvent tendance à le faire par solution de facilité.

Complexe, voire insoluble, l'examen de l'intérêt du groupe peut l'être enfin parce que le juge ne dispose le plus souvent ni des informations, ni du temps, ni des compétences nécessaires pour procéder au pronostic économique différé que l'on attend de lui. Il est dès lors à craindre que sa réaction face à l'exception de l'intérêt du groupe ne soit la même que celle de la jurisprudence suisse face à l'intérêt social d'une société isolée: la démission. D'une manière générale en effet, les tribunaux helvétiques (Tribunal fédéral en tête) refusent en principe de se prononcer sur l'intérêt social d'une société. Cet intérêt est en pratique présumé, sauf s'il est démontré qu'il a été manifestement violé. Dans une jurisprudence bien établie notre Tribunal suprême s'est ainsi exprimé de la manière suivante:

«Il s'agit là d'un point qui relève essentiellement de l'expérience commerciale. Les personnes les mieux placées pour résoudre cette question sont celles qui sont en rapport étroit avec la société et en connaissent les besoins, à savoir les administrateurs et les actionnaires.» ⁽³⁵⁷⁾

⁽³⁵⁶⁾ L'on peut d'ailleurs relever que, d'une manière générale, en cas de conflit, la direction unique accorde la priorité à l'intérêt du groupe sur l'intérêt individuel de ses membres. Voir dans ce sens: VAN OMMESLAGHE Pierre, Objectifs d'une organisation des groupes de sociétés, Liber amicorum Baron Louis Fredericq, Gent, 1966, p. 1030; PETITPIERRE-SAUVAIN Anne, op. cit. note (7), pp. 18-19 n° 37; RUEDIN Roland, Vers un droit..., op. cit. note (7), p. 166.

⁽³⁵⁷⁾ ATF 82 II, pp. 148ss, 150; ATF 82 II, pp. 216ss, 220.

Cette attitude des juges suisses ne résulte pas, semble-t-il de ce qu'ils sont suisses, mais plutôt de ce qu'ils sont juges. On constate en effet la même tendance dans la plupart des ordres juridiques⁽³⁵⁸⁾.

Or, si nos tribunaux sont réticents à se prononcer sur l'intérêt social d'une société isolée, il est à craindre qu'ils soient encore plus réticents à se prononcer sur l'intérêt du groupe — et sur la correspondance de ce dernier avec l'intérêt de la filiale considérée — car, nous l'avons vu, l'intérêt du groupe n'est autre que la combinaison synergique de l'ensemble des intérêts sociaux des divers membres du groupe.

Cela dit, il faut rappeler la situation procédurale particulière dans laquelle se trouvent les parties à l'action révocatoire. L'argument de l'intérêt du groupe est une **exception** du défendeur à l'action, soit un moyen invoqué par le défendeur interne pour faire échec à une action révocatoire présumée bien fondée. Cette position dans le procès devrait permettre au juge — conforté en cela par l'article 289 LP — d'exiger du défendeur (et donc de la direction unique) la démonstration positive de ce que l'intérêt du groupe au moment de l'acte coïncidait avec l'intérêt du débiteur. Pour cette seule raison déjà il serait inadmissible que le juge se retranche derrière la jurisprudence traditionnelle en matière d'intérêt social. Le faire équivaldrait en effet à remettre le fardeau de la preuve de la réalisation de l'élément subjectif de l'article 288 LP à la charge du demandeur. Rappelons d'ailleurs que, dans la perspective d'un droit équitable, la direction unique est en pratique la mieux placée, voire souvent la seule, à pouvoir apporter les éléments nécessaires à cette démonstration.

§ 4. Conclusion

De lege lata, nos principales thèses relatives à la portée de l'article 288 LP dans les groupes de sociétés sont ainsi les suivantes:

1. En présence d'un acte révocable intervenu entre deux membres d'un même groupe de sociétés, les deux conditions subjectives traditionnelles de l'article 288 LP se confondent en un seul et même élément subjectif.
2. La réalisation de cette condition subjective unique peut parfois être présumée, motif pris de l'unité informationnelle qui règne au sein du groupe. Il en découle alors un renversement du fardeau de la preuve qui soulage le demandeur d'une démonstration souvent extrêmement difficile à apporter.

⁽³⁵⁸⁾ Voir ainsi ce que l'on appelle aux Etats-Unis la «business judgment rule», définie comme suit par BLACK'S law dictionary: «This rule immunizes management from liability in corporate transaction undertaken within both power of corporation and authority of management where there is reasonable basis to indicate that transaction was made in good faith.»

3. Pour faire échec à l'action, le défendeur-bénéficiaire de l'acte révocable pourra se prévaloir de ce que l'acte incriminé était conforme à l'intérêt du groupe, c'est-à-dire, en définitive, à celui du débiteur.

4. Indépendamment de l'opinion qu'il peut entretenir à l'égard des groupes de sociétés, le juge doit prendre en considération l'intérêt du groupe.

5. Pour plusieurs raisons, l'examen de l'intérêt de groupe est complexe. Ce n'est cependant pas là une raison suffisante pour présumer sa réalisation, sous peine de faire systématiquement échec à l'action du demandeur. Il faut au contraire exiger du défendeur (et de la direction unique) qu'il démontre positivement que l'intérêt du groupe au moment de l'acte considéré coïncidait avec celui, immédiat ou différé, du débiteur.

Cela étant, l'action révocatoire nous paraît être en Suisse, de lege lata, un instrument approprié pour lutter contre les nombreux transferts — pas nécessairement dolosifs — qui se produisent entre sociétés de groupes, dans la mesure où ils sont préjudiciables à leurs créanciers externes.

B: EN DROIT AMERICAIN ⁽³⁵⁹⁾

INTRODUCTION ET PLAN

Les différents problèmes engendrés par les groupes de sociétés, problèmes que nous avons abondamment décrits dans cette thèse, se posent également et souvent de la même manière aux Etats-Unis. Cela est dû à ce que la réalité économique y est largement identique et que les données de base du droit des sociétés y sont en définitive très similaires à celles que connaît la Suisse (économie libérale, sociétés de capitaux «anonymes» sans limitation effective quant au nombre des associés, actionnaires et créanciers internes et externes, absence d'un «droit des groupes», etc.).

Un auteur américain, WES, a ainsi décrit, de la même manière que nous l'avons fait dans la perspective du droit suisse, l'objet des préoccupations de l'ordre juridique américain relativement aux groupes de sociétés et en particulier des créanciers externes de ceux-ci:

« With today's complex forms of business organization, the scope of a business enterprise often extends beyond a distinct corporation to include its nominally independent affiliates. Such enterprises are often controlled by a single management, and, accordingly, the affiliates comprising them will often engage in interrelated activities. Not uncommonly, the profitability of any given affiliate might be sacrificed for the good of the whole enterprise. From the creditor's standpoint, a transaction that harms its debtor can be detrimental because it almost necessarily impairs the prospects for repayment. Aside from foresighted contracting, however, a creditor can do little to protect itself against the risk that the profitability of its debtor will be sacrificed in favor of affiliated corporations. As long as each affiliate can pay its debts, there is no effective legal constraint on the fragmentation of a single enterprise into many smaller corporations and the possible abuses that might follow. Only after both the privilege to incorporate is abused and the affiliate becomes insolvent does the corporate law provide significant protection. »⁽³⁶⁰⁾

⁽³⁵⁹⁾ Par commodité, nous parlerons désormais de droit «américain». Il serait en réalité plus exact d'utiliser «droit des Etats-Unis d'Amérique».

⁽³⁶⁰⁾ WES Edward Jr., *Substantive Consolidations in Bankruptcy: A Flow of Assets Approach*, Calif. Law Review 1977, vol. 65, N° 1. pp. 720ss, 723 et 724.

Il nous a donc paru intéressant d'étudier quelle réponse l'ordre juridique américain, notoirement plus pragmatique et moins légaliste que le nôtre, avait donné à ces problèmes.

Il convient tout d'abord de préciser qu'**il n'existe pas de droit américain des groupes de sociétés**. La nécessité d'édicter un faisceau codifié de règles sur le modèle du «Konzernrecht» allemand n'a d'ailleurs été soutenue, à notre connaissance, par aucun auteur. Les nombreuses normes destinées à prévenir et à sanctionner les problèmes engendrés par les groupes de sociétés se trouvent bien plutôt disséminées, au gré des besoins, dans les différents chapitres du droit (droit fiscal, comptable, des sociétés, de la faillite, etc), soit sous forme codifiée, soit le plus souvent sous forme de principes développés par la jurisprudence:

« Obwohl das Gesellschaftsrecht aber gesetzlich geregelt ist, wird als Rechtsquelle in erster Linie nicht das Gesetz, sondern die Rechtsprechung angesehen. Damit steht das Gesellschaftsrecht anders als etwa das amerikanische Steuerrecht fest in der Tradition des Common Law. Vorrangiges Ziel ist nicht die Ausformulierung allgemeiner Regeln, sondern die Lösung des Einzelfalles, die sich an früheren Entscheidungen orientiert.

2. Dieses Verhältnis zwischen der Rechtsprechung und dem Gesetz gilt in besonderer Weise auch für das Konzernrecht. Es gibt zwar kein allgemeines Konzept eines Konzernrechts. In den einzelstaatlichen Corporation Codes finden sich nur verstreut, nicht aber systematisch zusammengefasst, Vorschriften über die Konzernbildung, das Verhältnis der Konzernunternehmen zueinander und die Rechte der Gesellschafter von Konzernunternehmen. Die Rechtsprechung hat aber eine Vielzahl von Entscheidungen hervorgebracht, in denen der Konzernsachverhalt deutlich herausgearbeitet wird.» ⁽³⁶¹⁾

Dans cet environnement économique-juridique, l'ordre juridique américain a développé plusieurs types de sanctions pour lutter contre les transferts de patrimoine injustifiés qui se produisent entre sociétés de groupes ou entre le groupe et ses internes («insiders»). Dans la perspective de cette thèse nous nous intéresserons en particulier à l'action révocatoire, moyen de droit classique et codifié, dont nous exposerons les mécanismes et les conditions d'application en général ainsi que ses caractéristiques lorsqu'elle est appliquée à des sociétés de groupe (infra, p. 143 ss). Cet examen nous conduira, tout comme ce fut le cas en droit suisse et pour les mêmes raisons, à étudier (infra, IIIème Partie, p. 225 ss) les rapports entre l'action révocatoire et l'action en restitution de dividendes injustifiés. Cette discussion

⁽³⁶¹⁾ BUXBAUM Richard et SCHNEIDER Uwe, Aktionärs- und Konzernklage in der USA, 2GR 2/1982, p. 202.

présente un intérêt particulier aux Etats-Unis, car le problème y a été perçu de manière beaucoup plus perspicace que ce n'a été le cas à ce jour en Suisse.

Cet examen du droit codifié nous amènera à en relever les limites et à décrire comment le juge américain, en vertu des larges compétences «législatives» que son ordre juridique lui reconnaît, y a remédié. Sur cette base, la jurisprudence américaine a en effet fréquemment appliqué des instruments juridiques qui permettent de fournir une solution équitable aux cas où les normes classiques sur les transferts de patrimoine ou de ressources entre membres du même groupe (action révocatoire et action en restitution de dividendes) n'offrent pas de réponse satisfaisante. C'est ainsi que nous présenterons brièvement (infra, Section III, p. 205 ss) la consolidation et la subordination comme moyens permettant de dépasser les limites des actions révocatoires et en restitution des dividendes injustifiés dans les groupes de sociétés.

Il n'existe d'une manière générale ⁽³⁶²⁾, en droit positif américain, aucune disposition spéciale qui régisse l'action révocatoire dans le cas particulier des groupes de sociétés. La matière est en conséquence gouvernée par les règles ordinaires relatives aux «fraudulent conveyances» («transferts frauduleux») et aux «voidable preferences» («préférences annulables»).

Nous commencerons par situer ces règles dans leur contexte (infra, Section I) tant systématique (§ 1) qu'historique (§ 2). Nous présenterons ensuite le droit positif en la matière (infra, Section II), qui est à la fois étatique (§ 1) et fédéral (§ 2). Ce faisant nous examinerons, lorsqu'il y aura lieu, de quelle manière ce droit est appliqué à des transferts de patrimoine intervenant au sein des groupes de sociétés.

⁽³⁶²⁾ Il n'existe pas, en effet, aux Etats-Unis de «Konzernpauliana». La législation de 1978 a toutefois prévu au moins une règle spéciale qui modifie la condition d'application temporelle des règles ordinaires sur l'action révocatoire dans certains cas lorsque le débiteur est un «insider» (interne) dans un groupe. Voir § 547 (b) (4) (8) (i) et § 100 (25) Bankruptcy Code et infra, pp. 197ss.

SECTION I: CONTEXTE SYSTÉMATIQUE ET HISTORIQUE

§ 1. Contexte systématique

Les Etats-Unis d'Amérique⁽³⁶³⁾ constituent une fédération d'Etats. Cette fédération est régie par la Constitution des Etats-Unis de 1787⁽³⁶⁴⁾. Tout comme en Suisse, les compétences qui ne sont pas expressément attribuées par la Constitution aux organes fédéraux demeurent du ressort de chacun des Etats de l'Union. D'une manière générale, tout le domaine du droit privé, aussi bien sur le plan du droit matériel qu'en ce qui concerne l'exécution des jugements, est ainsi resté de la compétence des Etats. Par contre, en vertu de l'article I, section 8, clause 4 de la Constitution, la compétence de légiférer en matière de faillite a été attribuée au Congrès fédéral⁽³⁶⁵⁾. Cette répartition des compétences a pour conséquence que chacun des Etats est souverain pour tout ce qui concerne l'exécution de ses obligations par le débiteur aussi longtemps que celui-ci n'est pas déclaré en faillite⁽³⁶⁶⁾. Dans ce contexte, chaque Etat a développé son propre droit des poursuites dans la tradition anglo-saxonne⁽³⁶⁷⁾. Ces différents droits comprennent tous, sous une forme ou sous une autre, des dispositions sur l'action révocatoire («fraudulent conveyance law») destinées à obtenir l'annulation des «transferts frauduleux» effectués par un débiteur, en dehors de l'hypothèse de la faillite. Malgré la diversité des cinquante Etats de l'Union, on peut dire qu'ils ont tous⁽³⁶⁸⁾ élaboré sur ce point un droit très comparable⁽³⁶⁹⁾. Vingt-cinq d'entre eux ont d'ailleurs adopté en matière d'action révocatoire un **droit uniforme**:

⁽³⁶³⁾ Ci-après les Etats-Unis.

⁽³⁶⁴⁾ Voir en général au sujet du droit constitutionnel américain: NOWACK John, YOUNG Nelson, ROTUNDA Ronald, *Constitutional Law*, 2^e éd., 1983, West Publishing.

⁽³⁶⁵⁾ L'article I, section 8 de la Constitution des Etats-Unis de 1787 a la teneur suivante (extraits) : « (1) The Congress shall have Power... (4) To establish an uniform Rule of Naturalization, and uniform laws on the subject of Bankruptcies throughout the United States;... »

⁽³⁶⁶⁾ Le terme faillite doit ici s'entendre largement, voir infra, note (371). Voir à ce sujet RIESENFELD Stefan A., *Cases and materials on Creditors' Remedies and Debtors' Protection*, St-Paul, Minnesota, West Publishing, 1979 (ci-après *Creditors' Remedies*), 1^{re} Partie, pp. 2 à 224.

⁽³⁶⁷⁾ Pour un excellent exposé synthétique des règles étatiques sur l'exécution forcée individuelle dans les différentes juridictions américaines, voir RIESENFELD Stefan A., *Creditors' Remedies*, op. cit. note (366), pp. 2ss.

⁽³⁶⁸⁾ A l'exception de la Louisiane.

⁽³⁶⁹⁾ RIESENFELD Stefan A., *Creditors' Remedies*, op. cit. note (366). pp. 375ss.

– le «**Uniform Fraudulent Conveyance Act**» (Loi Uniforme sur les Transferts Frauduleux reproduit en annexe A), (voir infra § 2.b, p. 145 - 146 et Sous-Section B, p. 175 ss) ⁽³⁷⁰⁾.

En toute hypothèse cependant, dès le moment où un débiteur est en faillite (lato sensu ⁽³⁷¹⁾), le droit fédéral devient applicable à l'exclusion du droit étatique. Le droit fédéral américain sur la faillite se trouve dans le «Code des Etats-Unis» (The United States Code), et plus précisément dans son titre 11^{ème} intitulé «Bankruptcy», mais plus communément appelé «**Bankruptcy Code**» (Code de la faillite) ⁽³⁷²⁾ (voir infra, § 2.c, p. 146 et 147 et Sous-Section C, p. 180 ss).

§ 2. Contexte historique ⁽³⁷³⁾

a. Les origines anglaises

La première loi anglaise sur les «transferts frauduleux» (Statute of Fraudulent Conveyances ⁽³⁷⁴⁾) fut promulguée en 1571, dans le but de protéger les créanciers qui étaient au bénéfice d'un jugement reconnaissant leur créance contre les aliénations abusives auxquelles risquait de se livrer leur débiteur ⁽³⁷⁵⁾. Cette loi déclarait nuls les transferts visés et prévoyait même des sanctions pénales contre leurs auteurs. Elle était dirigée contre les transferts faits dans le but et l'intention de «retarder, d'entraver ou de léser («to delay, hinder or defraud») les créanciers. Vu les difficultés de preuve, en particulier la difficulté de démontrer l'«intention», les tribunaux développèrent rapidement des indices de fraude («badges of fraud»), c'est-à-dire des circonstances de fait qui entraînaient une présomption de fraude, ou qui, en tout cas, induisaient à conclure au caractère frauduleux et donc révoquant le transfert considéré. C'est ainsi que les tribunaux, dans une jurisprudence qui devint

⁽³⁷⁰⁾ RIESENFELD Stefan A., *Creditors' Remedies*, op. cit. note (366), p. 374 note 6.

⁽³⁷¹⁾ Le terme «faillite» doit être ici entendu largement. Il inclut différentes procédures de réorganisation des entreprises décrites par le Bankruptcy Code de 1978, en particulier celles des chapitres 11 et 13 de ce Code. Voir à ce propos infra, p. 148.

⁽³⁷²⁾ RIESENFELD Stefan A., *Creditors' Remedies*, op. cit. note (366), p. 509.

⁽³⁷³⁾ Cette partie historique emprunte largement à RIESENFELD Stefan A., *Creditors' Remedies*, op. cit. note (366), pp. 371 à 374 et 635-636.

⁽³⁷⁴⁾ The Statute of Fraudulent Conveyances, 13 Eliz. c.5, 1571.

⁽³⁷⁵⁾ Voir aussi 27 Eliz. c.4, 1584/1585, destiné à protéger les acheteurs de biens-fonds contre les transferts frauduleux.

constante, finirent par présumer que certains types de transactions étaient frauduleux («constructively fraudulent») ⁽³⁷⁶⁾.

b. Uniform Fraudulent Conveyance Act

À la suite de la déclaration d'indépendance des États-Unis, plusieurs des États de l'Union adoptèrent une législation relative à l'action révocatoire hors faillite calquée sur les principes anglais en la matière. D'autres États ne légifèrent pas, considérant tout simplement la loi anglaise en question comme partie intégrante de leur ordre juridique, puisque celle-ci appartenait à la «Common law» telle qu'elle avait été reçue par les ex-colonies anglaises d'Amérique ⁽³⁷⁷⁾.

Bien que se fondant toutes sur des origines communes, chacune des juridictions étatiques développa toutefois sa propre jurisprudence. Il en résulta que la «loi américaine» devint peu à peu extrêmement confuse ⁽³⁷⁸⁾. La diversité et la confusion régnaient en particulier à propos des «badges of fraud», c'est-à-dire relativement à la question de savoir quelles circonstances de fait devaient entraîner une présomption de fraude et quel devait être le degré (réfragable/irréfragable) conféré à cette présomption ⁽³⁷⁹⁾.

⁽³⁷⁶⁾ L'un des premiers et des plus fameux précédents qui donna naissance à cette jurisprudence est le «*Twyne's Case*», rendu par la «*Star Chamber*» en 1601 (3 Coke, 80 b., 76 Eng. Rep. 809). Dans cette espèce, les juges établirent la règle selon laquelle la vente ou la donation de biens meubles est présumée frauduleuse si elle n'est pas accompagnée du transfert de la possession de la chose. À propos du *Twyne's case*, voir en particulier 4 HOLDSWORTH, *History of English law*, 1924, p. 481 et RIESENFELD Stefan A., *Creditors' Remedies*, op. cit. note (366), pp. 370 à 372. Pour l'état du droit anglais en la matière à la fin du XVIII^e siècle, voir ROBERTS, *Treatise Relating to Voluntary and Fraudulent Conveyances*, 1800.

⁽³⁷⁷⁾ RIESENFELD Stefan A., *Creditors' Remedies*, op. cit. note (366), p. 372 note 2.

⁽³⁷⁸⁾ RIESENFELD Stefan A., *Creditors' Remedies*, op. cit. note (366), p. 372 note 2.

⁽³⁷⁹⁾ Voir à ce propos RIESENFELD Stefan A., *Creditors' Remedies*, op. cit. note (366), pp. 372-373 notes 2 et 3. Ainsi par exemple à New York, dans l'arrêt *Reade v. Livingston* (3 Johns Ch.R. p. 481 (N.Y. 1818)), il fut décidé en 1818 qu'un transfert de patrimoine volontaire devait être présumé (réfragablement) frauduleux à l'égard de tous les créanciers actuels du débiteur. Dans la ligne de ce précédent, les tribunaux de New York considérèrent qu'un transfert de patrimoine sans contre-prestation équivalente effectuée par une personne endettée devait être présumé frauduleux à moins que le bénéficiaire ou le débiteur ne démontre que ce dernier possédait, à la suite du transfert, encore suffisamment d'actif pour couvrir toutes ses dettes (voir *Erickson v. Quinn*, 47 N.Y. 410 (1872); *Smith v. Reid*, 134 N.Y. 568, 575, 31 N.E. 1082, 1084 (1892); *Kerker v. Levy*, 206 N.Y. 109, 99 N.E. 181 (1912); *Ga Nun v. Palmer*, 216 N.Y. 603, 111 N.E. 223 (1916)). Il est d'ailleurs intéressant de relever à ce propos que même après l'adoption en 1925 du UFCA, les tribunaux de l'État de New York ont maintenu leur jurisprudence selon laquelle tout transfert à titre gratuit par le débiteur est présumé frauduleux à l'égard de ceux qui sont alors ses créanciers et qu'en conséquence le fardeau de la preuve du fait qu'il est encore en bonis incombe alors au débiteur. Voir à ce propos *Cohen v. Benjamin*, 246 App. Div. 866, 284 N.Y.S. 884 (1936); *Gafco, Inc. v. H.D.S. Mercantile Corp.*, 47 misc. 2d 661, 263 N.Y.S. 2d 109 (Civ. Ct. City of N.Y. 1965); et RIESENFELD Stefan A., *Creditors' Remedies*, op. cit. note (366), pp. 372-373 note 3.

Afin de clarifier, de simplifier et d'unifier les différents droits étatiques existants en matière d'action révocatoire hors faillite, la Conférence Nationale des Commissaires sur le Droit Uniforme («National Conference on Commissioners on Uniform laws») décida en 1915 de rédiger une loi uniforme sur le sujet⁽³⁸⁰⁾. C'est ainsi que le «**Uniform Fraudulent Conveyance Act**» (loi uniforme sur les transferts frauduleux, **ci-après UFCA**⁽³⁸¹⁾) fut élaboré et approuvé dans sa version définitive par la Conférence Nationale en 1918. Le UFCA fut par la suite adopté par 25 Etats, parmi lesquels se trouvent les plus importants de l'Union⁽³⁸²⁾. Parmi les 25 autres Etats, qui n'ont à ce jour pas adopté le UFCA, il convient de relever que, hormis la Louisiane, tous possèdent néanmoins des règles très comparables à celles que cette loi uniforme codifie⁽³⁸³⁾.

c. Bankruptcy Code⁽³⁸⁴⁾

Ainsi que nous l'avons déjà indiqué, la compétence de légiférer en matière de faillite appartient au Congrès fédéral en vertu de l'article I, section 8, clause 4 de la Constitution des Etats-Unis de 1787⁽³⁸⁵⁾. Fort de cette base légale constitutionnelle, le premier «Bankruptcy Act» fut édicté par le Congrès en 1800⁽³⁸⁶⁾. Cette loi fut modifiée et remplacée à plusieurs reprises⁽³⁸⁷⁾. La loi actuelle de 1978 fut précédée par un texte du 1er juillet 1898 dont le § 67.d régissait l'action révocatoire en reprenant partiellement les termes mêmes de la loi anglaise de 1571⁽³⁸⁸⁾. Avec le temps, cette loi de 1898 s'avéra cependant de plus en plus insatisfaisante⁽³⁸⁹⁾, si bien

⁽³⁸⁰⁾ RIESENFELD Stefan A., *Creditors' Remedies*, op. cit. note (366), p. 374 note 6.

⁽³⁸¹⁾ Le UFCA est reproduit ci-après, en Annexe A, pp. 283 ss.

⁽³⁸²⁾ A ce jour, les 25 Etats qui ont adopté le UFCA sont: Arizona (1919); California (1939); Delaware (1919); Idaho (1969); Maryland (1920); Massachusetts (1924); Michigan (1919); Minnesota (1921); Montana (1945); Nevada (1931); New Hampshire (1919); New Jersey (1919); New Mexico (1959); New York (1925); North Dakota (1943); Ohio (1961); Oklahoma (1965); Pennsylvania (1921); South Dakota (1919); Tennessee (1919); Utah (1925); Virgin Island (1957); Washington (1945); Wisconsin (1919); Wyoming (1929).

⁽³⁸³⁾ RIESENFELD Stefan A., *Creditors' Remedies*, op. cit. note (366), pp. 375ss.

⁽³⁸⁴⁾ D'une manière générale, voir à propos du Bankruptcy Code, COLLIER, *On Bankruptcy*, 15e édition, New York, Matthew/Bender, 1983 (ci-après COLLIER), vol. 1, pp. 1-1 à 1-50.

⁽³⁸⁵⁾ Voir supra, note (365).

⁽³⁸⁶⁾ COLLIER, op. cit. note (384), vol. 1, pp. 1-2; RIESENFELD Stefan A., *Creditors' Remedies*, op. cit. note (366), p. 505.

⁽³⁸⁷⁾ RIESENFELD Stefan A., *Creditors' Remedies*, op. cit. note (366), pp. 505ss.

⁽³⁸⁸⁾ RIESENFELD Stefan A., *Creditors' Remedies*, op. cit. note (366), p. 635 note 1.

⁽³⁸⁹⁾ RIESENFELD Stefan A., *Creditors' Remedies*, op. cit. note (366), p. 507: «During the sixties, the Bankruptcy Act as actually administered came under mounting public criticism for a variety of reasons».

qu'en 1970 le Congrès créa une commission chargée «d'étudier, d'analyser, d'évaluer et de recommander des modifications de la loi sur la faillite de 1898»⁽³⁹⁰⁾. Les travaux législatifs aboutirent à une réforme majeure du droit matériel, ainsi que de la procédure et de l'organisation des tribunaux. La loi de 1898 fut ainsi remplacée par une nouvelle loi du 6 novembre 1978 («Bankruptcy Code of 1978»⁽³⁹¹⁾, appelée aussi plus justement **Bankruptcy Reform Act, ci-après BRA**⁽³⁹²⁾), valant titre 11^{ème} du Code des Etats-Unis, entrée en vigueur le 1er octobre 1979⁽³⁹³⁾. Les anciennes règles de procédure furent remplacées par les «new Bankruptcy Rules» entrées en vigueur le 1er août 1983⁽³⁹⁴⁾. Ces règles ont été élaborées par la Cour suprême des Etats-Unis, conformément à la compétence qui lui avait été déléguée à cet égard par le Congrès en 1964⁽³⁹⁵⁾. Enfin, les nouvelles règles sur l'organisation des tribunaux de faillite sont entrées en vigueur en 1984⁽³⁹⁶⁾.

⁽³⁹⁰⁾ «Commission on the bankruptcy laws of the United States for the purposes of studying and recommending changes in the law pertaining to bankruptcy», voir à ce propos COLLIER, op. cit. note (384), vol. 1, pp. 1-12ss; RIESENFELD Stefan A., *Creditors' Remedies*, op. cit. note (366), p. 507, 2.

⁽³⁹¹⁾ Après une procédure de réduction des divergences entre le Sénat et le Congrès américain, ce dernier accepta le texte définitif du Bankruptcy Code le 6 octobre 1978. Le Président Carter le signa à Camp David le 6 novembre 1978, d'où la date généralement citée. La nouvelle loi n'entra cependant en vigueur que le 1er octobre 1979. Voir à ce sujet RIESENFELD Stefan A., *Creditors' Remedies*, op. cit. note (366), p. 509.

⁽³⁹²⁾ Le titre 11 du Code des Etats-Unis s'appelle en effet en réalité «Bankruptcy Reform Act» pour le distinguer de son prédécesseur, le «Bankruptcy Code» de 1898. Voir ainsi RIESENFELD Stefan A., *Creditors' Remedies*, op. cit. note (366), p. 509.

⁽³⁹³⁾ En vertu du titre IV, Section 402 (a) du BRA.

⁽³⁹⁴⁾ «Rules of Practice and Procedure in Bankruptcy», appelées plus simplement, en vertu de la «Rule 1001», «Bankruptcy Rules», publiées notamment par West Publishing, *Bankruptcy Code and Rules*, 1984 edition, St-Paul, Minnesota.

⁽³⁹⁵⁾ RIESENFELD Stefan A., *Creditors' Remedies*, op. cit. note (366), p. 507 et Préface aux *Bankruptcy Code and Rules*, op. cit. note (394), p. III.

⁽³⁹⁶⁾ Initialement ces règles étaient énoncées par le titre II du BRA et auraient dû entrer en vigueur le 1.4.1987, en vertu de la section 402 (b) IV du BRA. Une des sections essentielles du titre II du BRA, la section 241 (a), a cependant été déclarée inconstitutionnelle par la Cour suprême des Etats-Unis, dans son arrêt *Northern Pipeline Construction Co. v. Marathon* de 1982. Il en est résulté un vide juridique provisoire en matière d'organisation des tribunaux fédéraux de faillite. RIESENFELD Stefan A., *Creditors' Remedies*, op. cit. note (366), p. 509 et 102 5.Ct. 2858, 731. Ed.2d 598 (1982). Dans l'arrêt *Northern Pipeline*, la Cour suprême des Etats-Unis a techniquement annulé seulement le § 241 (a) du titre II du BRA, mais cela a eu pour conséquence pratique de rendre inconstitutionnel l'ensemble de l'organisation des tribunaux mis en place par le législateur. Ce vide a été comblé en 1984 par un acte législatif qui fait des tribunaux de faillite des sections des «district courts» (pub. l. n° 98.353).

SECTION II: DESCRIPTION DU DROIT POSITIF

SOUS-SECTION A: LE CHOIX DU DROIT APPLICABLE

Pour les raisons que nous venons de décrire, le droit positif américain comprend une action révocatoire «étatique» et une action révocatoire «fédérale»⁽³⁹⁷⁾. La question de savoir si c'est le droit étatique [en général l'Uniform Fraudulent Conveyance Act (UFCA)] ou le droit fédéral [le Bankruptcy Reform Act de 1978 (BRA)] qui s'applique dans une espèce donnée dépend de celle de savoir si le débiteur a fait ou non l'objet d'une demande judiciaire devant les tribunaux fédéraux de faillite⁽³⁹⁸⁾. Cette demande peut être volontaire, si elle émane du débiteur lui-même, ou involontaire, si elle a été déposée par ses créanciers⁽³⁹⁹⁾. Elle peut être basée sur les chapitres 7 (liquidation⁽⁴⁰⁰⁾), 11 (réorganisation⁽⁴⁰¹⁾) ou 13 (réajustement des dettes d'une personne ayant un revenu régulier⁽⁴⁰²⁾) du BRA. Ces trois chapitres réglementent respectivement les trois différents types de procédures d'exécution forcée générale mises en place par la réforme de 1978⁽⁴⁰³⁾. **La faillite proprement dite n'existe plus aux Etats-Unis**, du moins plus sous cette appellation. Pour simplifier l'énoncé nous ne répéterons plus cependant le choix possible entre les chapitres 7, 11 ou 13 du BRA, et parlerons désormais par commodité dans tous les cas de faillite. Ce terme devra donc être entendu lato sensu.

⁽³⁹⁷⁾ Voir supra, Contexte systématique, pp. 143ss.

⁽³⁹⁸⁾ C'est là la conséquence de la systématique du droit américain en matière de faillite. Le BRA ne s'applique qu'aux «cases» au sens de cette loi. Il n'y a «case» qu'à partir du moment où une demande a été déposée devant les tribunaux fédéraux de faillite. C'est donc le dépôt de la demande («filing of the petition») qui déclenche l'application du droit fédéral. Voir les §§ 301 et 303 BRA:

«§ 301: Voluntary cases

A voluntary case under a chapter of this title is commenced by the filing with the bankruptcy court of a petition under such chapter by a entity that may be a debtor under such chapter...»

«§ 303: Involuntary cases

(a)...

(b) An involuntary case is commenced by the filing with the bankruptcy court of a petition under chapter 7 or 11 of this title - ...»

Voir aussi à ce sujet, RIESENFELD Stefan A., *Creditors' Remedies*, op. cit. note (366), pp. 512ss.

⁽³⁹⁹⁾ Voir respectivement les §§ 301 et 303 cités supra, note (398).

⁽⁴⁰⁰⁾ «Liquidation».

⁽⁴⁰¹⁾ «Reorganization»

⁽⁴⁰²⁾ «Adjustment of debts of an individual with regular income».

⁽⁴⁰³⁾ Le BRA prévoit également, à son chapitre 9, une procédure spéciale destinée au réajustement des dettes de municipalités («Adjustment of debts of a municipality») dont nous faisons abstraction ici.

Il y a ainsi lieu de retenir l'alternative suivante:

- si – et aussi longtemps que – une demande de faillite n'a pas été déposée devant les tribunaux (fédéraux) de faillite, le droit étatique sur l'action révocatoire demeure exclusivement applicable. Ainsi que nous l'avons mentionné précédemment ⁽⁴⁰⁴⁾, ce droit étatique est aujourd'hui largement uniformisé grâce à l'UFCA (infra, Sous-Section B)

- si – et dès le moment où – une demande de faillite a été déposée, le BRA devient exclusivement applicable. Nous nous intéresserons en particulier à ses §§ 544 à 548 relatifs à l'action révocatoire (infra, Sous-Section C).

SOUS-SECTION B: HORS FAILLITE : L'UFCA ⁽⁴⁰⁵⁾

§ 1. Champ d'application

a. Champ d'application temporel

Ainsi que nous venons de l'indiquer le droit étatique, c'est-à-dire en général l'UFCA ⁽⁴⁰⁶⁾, demeure seul applicable aussi longtemps qu'une demande de faillite n'a pas été introduite devant les tribunaux fédéraux. C'est donc l'introduction de cette demande qui détermine (négativement) le champ d'application **temporel** de l'UFCA.

Cette définition négative du champ d'application de l'action révocatoire étatique peut paraître singulière dans l'optique du droit suisse pour lequel l'action révoca-

⁽⁴⁰⁴⁾ Voir supra, pp. 145/146.

⁽⁴⁰⁵⁾ Reproduit infra, en Annexe A, pp. 283 ss. Voir en général, à propos de l'UFCA: RIESENFELD Stefan A., *Creditors' Remedies*, op. cit. note (366), pp. 370ss; Mc LAUGHLIN James A., *Application of the Uniform Fraudulent Conveyance Act*, Harvard Law Review. vol. 46, 1933, pp. 404ss; GLENN Garrard, *The Law of Fraudulent Conveyances*, New York, 1933; COUNTRYMANN Vern, *Cases and materials on Debtor and Creditor*, Boston/Toronto, little Brown, 1964.

⁽⁴⁰⁶⁾ Rappelons que l'UFCA, de la même manière que, par exemple, le Concordat intercantonal sur l'arbitrage en Suisse, constitue une loi étatique uniforme. Elle est applicable seulement dans les Etats qui l'ont adoptée. Ces derniers sont aujourd'hui au nombre de 25 (pour leur énumération, voir supra, note (382)). Hormis la Louisiane, qui est de tradition juridique française (pour un récent exemple de «revocatory action» en Louisiane, voir *Adams v. Laborde*, 430 So.2d 381 (1983), les 24 autres Etats possèdent des règles analogues à celles que l'UFCA codifie. Pour la détermination du droit étatique applicable dans une espèce impliquant plusieurs Etats, voir récemment *A/S Kredit-Finanz v. Cia Venetico de Navegacion SA of Panama*, 560 F. Supp. 705 (1983).

toire ne devient applicable, précisément, qu'à partir du moment où le débiteur a été mis en faillite (s'il y est sujet) ⁽⁴⁰⁷⁾. Dans la systématique du droit suisse, l'UFCA n'aurait ainsi pas sa place. **Aux Etats-Unis en revanche, on part du principe qu'il y a lieu d'ouvrir la voie de l'action révocatoire aux créanciers avant et indépendamment de toute procédure d'exécution forcée, spéciale ou générale** (en particulier de faillite). L'ordre juridique américain confère donc à l'action révocatoire non seulement un effet correctif (pour le cas où il serait établi que le débiteur est surendetté), mais aussi un effet préventif (pour éviter que le débiteur ne s'appauvrisse alors même qu'il est in bonis). Dans cette perspective tout transfert «frauduleux» ⁽⁴⁰⁸⁾ fait par le débiteur est révocable en tant que tel immédiatement et par chacun de ses créanciers. Simplifiée à l'extrême, la ratio legis de l'UFCA est qu'à certaines conditions il est inadmissible qu'un débiteur s'appauvrisse volontairement sans avoir préalablement désintéressé tous ses créanciers, quel que soit son état patrimonial. C'est ce principe qui justifie l'existence de l'UFCA. C'est ce qui donne à l'action révocatoire aux Etats-Unis un champ d'application temporel beaucoup plus vaste que celui que lui confère le droit suisse ⁽⁴⁰⁹⁾.

La possibilité de requérir l'annulation d'actes révocables avant la faillite du débiteur constitue, en théorie, un moyen de droit extrêmement favorable aux créanciers. Il leur permet en effet de veiller constamment au maintien du patrimoine de leur débiteur, sans avoir à attendre sa faillite, étant entendu qu'il est alors souvent trop tard pour agir efficacement (action périmée, bénéficiaire également en faillite, plus grande difficulté de preuve, frais plus considérables, etc.). Elle permet également aux créanciers d'agir directement contre le bénéficiaire de l'acte révocable sans avoir à passer préalablement par le prononcé de la faillite du débiteur lorsque l'obtention de celle-ci serait manifestement inutile, longue et plus coûteuse.

Deux arrêts, dont l'objet est la révocation hors faillite de transferts effectués au sein de groupes de sociétés, permettent d'illustrer la mise en oeuvre et les avantages de l'UFCA dans la perspective qui nous intéresse.

Dans l'arrêt *United States v. 58th Street Plaza Theater, Inc.*, rendu à New York en 1968 ⁽⁴¹⁰⁾, le fisc américain, en tant que créancier, actionna directement les

⁽⁴⁰⁷⁾ En vertu de l'article 285 al. 2 ch. 2 LP. L'action révocatoire est en effet applicable en droit suisse seulement à partir du moment où le débiteur a été vainement poursuivi et qu'en conséquence, soit il est en faillite (285 al. 2 ch. 2 LP), soit un acte de défaut de biens a été délivré contre lui (285 al. 2 ch. 1 LP). Voir à ce sujet supra, IIe Partie, Légitimation active, p. 74.

⁽⁴⁰⁸⁾ Au sens des sections 4 à 8 UFCA. Voir à ce propos, infra, § 3. Les cas de révocation, pp. 166ss.

⁽⁴⁰⁹⁾ En théorie tout au moins. Il faut bien admettre, en effet, que les cas d'action révocatoire intentée avant faillite, lorsque le débiteur y est sujet, sont relativement rares.

⁽⁴¹⁰⁾ *United States v. 58th Street Plaza Theater, Inc.*, 287 F. Supp. 475 (1968).

bénéficiaires de plusieurs actes révocables (en l'occurrence les contrôleurs du débiteur 58th Street Plaza Theater, Inc.) en restitution des sommes qui leur avaient été transférées alors que ledit débiteur était surendetté. Le fisc renonça à actionner le débiteur et à demander sa faillite, car celle-ci apparaissait d'emblée inutile :

«... plaintiff seeks judgement against the individual defendants as transferees inasmuch as it would be bootless for the Commissioner to proceed against the transferor.» (référence omise)⁽⁴¹¹⁾

Le problème du respect du principe de l'égalité de traitement des créanciers ne se posait pas dans l'espèce en question, car la procédure se déroulait (par définition) en l'absence de faillite. Le juge annula lesdits transferts sur la base de l'UFCA et condamna en conséquence les bénéficiaires à rembourser l'équivalent de ceux-ci au demandeur à l'action révocatoire (le fisc), en constatant (notamment):

«The diversion of the earnings, payments on cancellation of the sublease and dividends paid by Plaza are unquestionably fraudulent conveyances within the meaning of section 273.» (NB: section 273 = § 273 New York Debtor and Creditor law = Section 4 UFCA)⁽⁴¹²⁾.

Dans l'arrêt *Southern Industries, Inc. v. Jeremias*, rendu en 1978 par la Cour suprême de New York⁽⁴¹³⁾, Ernst Jeremias était directeur, administrateur et actionnaire dominant de Mazel Knitting Mills (Mazel), une société dont les actions se trouvaient partiellement en mains du public. En extinction d'une créance qu'il possédait effectivement à l'égard de Mazel, Jeremias transféra en sa faveur tous les actifs de ladite société alors que celle-ci était déjà surendettée⁽⁴¹⁴⁾. Un créancier de Mazel, Southern Industries, indépendamment et avant toute procédure de faillite, actionna Jeremias sur la base de l'UFCA (notamment), en restitution de l'actif de Mazel. Les juges annulèrent le transfert en question dont le montant réintégra en conséquence le patrimoine du débiteur et profita donc à ses créanciers externes (en fait intégralement à Southern Industries Inc. car celle-ci bénéficiait d'une saisie préalable⁽⁴¹⁵⁾).

⁽⁴¹¹⁾ Ibidem, p. 496.

⁽⁴¹²⁾ Ibidem, p. 498.

⁽⁴¹³⁾ *Southern Industries, Inc. v. Jeremias*, 411 N.Y. S. 2d 945 (1978).

⁽⁴¹⁴⁾ Ibidem, p. 948: «It appears that Mazel Knitting Mills was insolvent at the time of the transfer. It owed Jeremias in excess of \$ 200,000 and another \$ 30,000 to the petitioner, but its assets, consisting of furniture, fixtures, equipment, inventory and machinery, brought only \$60,000 at a subsequent auction sale. In any event, there is no doubt that the transfer of substantially all of its assets to Jeremias left nothing with which to pay the debt it owed to petitioner».

⁽⁴¹⁵⁾ Préalablement à l'action révocatoire en question, Southern Industries avait en effet obtenu un jugement reconnaissant sa dette et fait procéder à ce qui équivaut, en droit américain, à une «saisie provisoire» («levy») au sens des articles 88ss LP. Voir en particulier, dans l'arrêt en question, p. 950 chiffres (9-11).

b. Champ d'application matériel

La situation est plus complexe en ce qui concerne le champ d'application **matériel** de l'UFCA. Il ne fait pas de doute que cette loi constitue la lex étatique generalis de l'action révocatoire hors faillite. Mais la question du rapport de l'UFCA avec d'autres lois étatiques qui visent également à prohiber certains types de transferts de patrimoine est délicate et parfois controversée. L'UFCA lui-même, en sa section 11, réserve d'autres lois spéciales sur l'annulation de transferts injustifiés de patrimoine ⁽⁴¹⁶⁾:

«Cases not provided for in Act

In any case not provided for in this act the rules of law and equity, including the law merchant, and in particular the rules relating to the law of principal and agent, and the effect of fraud, misrepresentation, duress or coercion, mistake, bankruptcy or other invalidating cause shall govern».

Mais ladite section 11 de l'UFCA ne dit pas quelles sont les normes dont elle réserve l'application, ou plutôt n'en mentionne que quelques-unes à titre exemplatif. Sans prétendre être exhaustif, nous citerons deux des groupes de normes qui sont considérés comme réservés par l'UFCA et qui présentent un intérêt particulier dans la perspective qui est la nôtre.

1. Le Bulk Transfers Act

Tout d'abord, il est unanimement reconnu ⁽⁴¹⁷⁾ que les règles spéciales sur l'action révocatoire contenues dans la loi uniforme étatique sur les «transferts en gros» (Bulk Transfers Act) ⁽⁴¹⁸⁾ sont implicitement réservées par l'UFCA. Le «commentaire

⁽⁴¹⁶⁾ Voir, d'une manière générale, Mc LAUGHLIN James A., op. cit. note (405), pp. 404 à 406 et p. 432. La section 11 de l'UFCA réserve également les principes généraux de l'équité (equity) dont la place est, on le sait, si importante en droit anglo-américain. Voir à ce sujet Mc LAUGHLIN James A., op. cit. note (405), pp. 431-432.

⁽⁴¹⁷⁾ Mc LAUGHLIN James A., op. cit. note (405) : «For example, it has been many times held without any contrary intimation, and without citing the Uniform Act, that bulk sales acts are not affected».

⁽⁴¹⁸⁾ Le «Bulk Sales Act» est aujourd'hui codifié par l'article 6 de l'«Uniform Commercial Code» de 1978 (ci-après UCC), intitulé «Bulk Transfers». L'UCC, comme l'UFCA, est une loi étatique uniforme. Moyennant parfois quelques légères modifications, l'UCC a été adoptée à ce jour par tous les Etats, sauf la Louisiane.

officiel» qui accompagne le Bulk Transfers Act, lève d'ailleurs toute équivoque à ce propos ⁽⁴¹⁹⁾.

Les dispositions du Bulk Transfers Act concernent les actes révocables accomplis à l'occasion de ventes qui excèdent le cours ordinaire des affaires du débiteur, y compris en particulier la vente de tout ou partie de l'entreprise sociale ⁽⁴²⁰⁾. Comme le relève RIESENFELD:

«Bulk sales are a particular type of fraudulent conveyance.» ⁽⁴²¹⁾

Cette réserve en faveur du Bulk Transfers Act ne saurait être négligée en matière de groupes de sociétés où les transferts empruntent souvent la voie de ventes «en gros», c'est-à-dire, pour reprendre les termes de la loi, «de ventes extraordinaires d'inventaires, de stock, d'équipement», etc., ou celle de la cession de certains éléments de l'entreprise sociale ⁽⁴²²⁾, voire même de tous les actifs sociaux ⁽⁴²³⁾, autant de biens dont la valeur effective, vu les circonstances particulières, est difficilement déterminable et peut donc se prêter facilement à des transferts de ressources ou de patrimoine au détriment des créanciers externes du débiteur.

Citons à titre d'exemple l'arrêt Hurley v. Lano Intern., Inc. de 1978 où une action en annulation du transfert de presque tous les actifs de la société à son actionnaire majoritaire aurait été bien fondée sur la base du Bulk Transfers Statute, ne fut-elle prescrite:

⁽⁴¹⁹⁾ Voir en effet le «Official comment» qui accompagne le texte officiel du § 6.101 du Bulk Transfers Act: «2. Many states have bulk sales laws, of varying type and coverage. Their central purpose is to deal with two common forms of commercial fraud, namely: (a) The merchant, owing debts, who sells out his stock in trade to a friend for less than it is worth, pays his creditors less than he owes them, and hopes to come back into the business through the back door some time in future. (b) The merchant, owing debts, who sells out his stock in trade to anyone for any price, pockets the proceeds, and disappears leaving his creditors unpaid. 3. The first is one form of fraudulent conveyance. The substantive law concerning it has been codified by the Commissioners in the Uniform Fraudulent Conveyance Act. No change in that Act is proposed. (...)»

⁽⁴²⁰⁾ L'UCC définit un «bulk transfer» en ces termes: «6-102 «Bulk Transfers»; Transfers of Equipment; Enterprises Subject to this Article; Bulk Transfers Subject to this Article. (1) A «bulk transfer» is any transfer in bulk and not in the ordinary course of the transferor's business of a major part of the materials, supplies, merchandise or other inventory (Section 9-109) of an enterprise subject to this Article. (2) A transfer of a substantial part of the equipment (Section 9-109) of such an enterprise is a bulk transfer if it is made in connection with a bulk transfer of inventory, but not otherwise. (3) The enterprises subject to this Article are all those whose principal business is the sale of merchandise from stock, including those who manufacture what they sell. (4) Except as limited by the following section, all bulk transfers of goods located within this state are subject to this Article.»

⁽⁴²¹⁾ RIESENFELD Stefan A., *Creditors' Remedies*, op. cit. note (366), p. 411 note 4. Pour un exemple récent, voir *Columbian Rope Co. v. Rinek Cordage Co.*, 461 A.2d 312 (1983).

⁽⁴²²⁾ Voir supra, notes (419) et (420). Pour un exemple récent, voir *In re Verco Industries*, 704 F.2d 1134 (1983), et les références citées.

⁽⁴²³⁾ Pour un exemple, voir *Hurley v. Lano Intern., Inc.*, 569 5.W.2d 602 (1978).

« Where suit was brought more than six months after transfer of substantial-ly all the assets of the corporation to its principal shareholder, any claim plaintiff might have had against shareholder based on violation of Bulk Transfers Statute was barred ».

L'utilité du Bulk Transfers Act dans la perspective qui nous occupe est de mettre en évidence le danger accru que représentent pour les créanciers les transferts « en gros » et d'instaurer un certain nombre de règles spéciales destinées à mieux les protéger dans ce cas. La plus utile de ces règles nous semble être celle rappelée dans le « commentaire officiel » de la loi en question :

« The contribution of the bulk sales laws to the problem is in the requirement that creditors receive advance notice of bulk sales. Having such notice, they can investigate the price and other circumstances of the sale before it occurs, and determine then instead of later whether they should try to stop it. This is a valuable policing measure, and is continued. » ^(423.1)

2. Les normes (étatiques) sur la distribution de dividendes

Ainsi que nous avons déjà eu l'occasion de le relever en droit suisse ⁽⁴²⁴⁾, il existe un concours logique – et donc un potentiel conflit de champ d'application – entre les règles sur l'action révocatoire et les normes qui définissent dans quelles circonstances une société anonyme peut procéder à des distributions de bénéfices (sous forme de dividendes ou autre).

Si en Suisse le problème n'a, à ce jour, pas été perçu, il a en revanche fait l'objet de plusieurs analyses en doctrine américaine et même d'au moins une décision judiciaire fondamentale ⁽⁴²⁵⁾. Il a ainsi été clairement affirmé par la jurisprudence américaine que :

« The distribution by a corporation of all of its assets among its stockholders without paying its debts is just a common, garden variety of a fraudulent conveyance. » ⁽⁴²⁶⁾

Vu l'importance et l'intérêt du problème dans notre perspective, nous lui consacrons des développements particuliers dans la III^{ème} partie de cette thèse (pp. 221 à 248) à laquelle nous renvoyons.

^(423.1) Extrait de l'« Official comment » qui accompagne le texte officiel du § 6.101 du Bulk Transfers Act [déjà cité en partie supra, note (419)].

⁽⁴²⁴⁾ Voir supra, p. 87 notamment.

⁽⁴²⁵⁾ Powers v. Heggie, 167.N.E. 314, pp. 317-318.

⁽⁴²⁶⁾ Arrêt de la Cour suprême de Caroline du Nord du 20 juin 1967 dans l'affaire Underwood v. Stafford, 155 S.E. 2d 211 (1967), p. 214.

Disons seulement à ce stade qu'il y a unanimité sur le fait que les dispositions du droit des sociétés (droit étatique) ⁽⁴²⁷⁾ relatives à la question de savoir quelle part de la fortune sociale peut être distribuée aux actionnaires, sont implicitement réservées par la section 11 de l'UFCA.

La question qui n'a en revanche pas été tranchée définitivement par la doctrine, est celle de savoir si, dans la mesure où elles s'appliquent, lesdites règles sur les distributions aux actionnaires sont:

- **exclusives**, rendant dès lors inapplicables les règles (plus sévères) de l'action révocatoire, même lorsque celles-ci permettraient d'annuler le transfert considéré alors que les règles sur les distributions aux actionnaires (moins sévères) ne permettent pas ⁽⁴²⁸⁾, ou
- **alternatives**, n'enlevant pas aux créanciers la possibilité d'attaquer le transfert considéré sur la base des normes sur l'action révocatoire lorsque celles-ci s'avèrent plus sévères que celles qui régissent les distributions aux actionnaires (les deux corps de règles cumulant alors leurs exigences) ⁽⁴²⁹⁾.

La tendance semble cependant clairement s'orienter vers une application cumulative des deux corps de règles, pour des raisons de logique aussi bien que d'équité. Ainsi CLARK qui a déclaré:

*«Ordinary business corporation law's weak and arbitrary restraints upon shareholder distributions force one to examine the relationship between those restraints and UFCA section 5. Does compliance with these statutory restraints preclude an attack on a distribution to shareholders under the more general rule embodied in UFCA section 5?
(...) I would strongly argue that (...) when a state has enacted a fraudulent conveyance statute, it ought to be interpreted as providing an **additional set of restrictions** that dividends and similar distribution must satisfy».* ⁽⁴³⁰⁾

⁽⁴²⁷⁾ Rappelons que le droit des sociétés aux Etats-Unis est, en principe, de la compétence des Etats.

⁽⁴²⁸⁾ Voir ainsi «Report of Committee on Corporate laws, Changes in the model business Corporation Act - Amendments to Financial Provisions», Bus law., vol. 34, 1979, pp. 1867ss, 1882-1883; GLENN Garrard. op. cit. note (405) (ed. 1940), § 604, pp. 1043 à 1047. Voir aussi JENNINGS/BUXBAUM, Corporations, 5e ed., West Publishing, 1979, pp. 962ss, 969.

⁽⁴²⁹⁾ WITZ David A., Shareholders liability for Dividends Improperly Declared and Paid, Texas law and legislation, vol. 1, 1947, pp. 220ss, 223 à 225. Dans le même sens, CLARK Robert C., The Duties of the Corporate Debtor to its Creditors, Harvard law Review, vol. 90, 1977, pp. 505ss.

⁽⁴³⁰⁾ CLARK Robert C., op. cit. note (429), p. 558.

Il découle de ce qui précède que notre discussion relative à l'action révocatoire concerne également l'annulation des transferts effectués par une société du groupe in bonis à sa société mère (actionnaire) à titre de paiement de dividendes.

§ 2 Définitions et conditions d'application générales

a. Définitions

On peut dire que, d'une manière générale, l'UFCA considère comme frauduleux («fraudulent») – et donc révocables – les transferts («conveyances») effectués par un débiteur lorsque ces transferts ne font pas l'objet d'une contre-prestation équitable («fair consideration»).

1. Transfert

Le terme «conveyance» est défini par la section 1, alinea 2, de l'UFCA. «Conveyance» signifie littéralement «transfert» et doit être entendu largement, c'est-à-dire comme incluant toute forme d'acte de disposition.

2. Contre-prestation équitable ⁽⁴³¹⁾

Les termes «fair consideration» sont définis par la section 3 de l'UFCA. Ils peuvent être traduits assez fidèlement par «contre-prestation équitable». «Fair» ne signifie en effet pas nécessairement équivalent, mais met plutôt l'accent sur le caractère équitable des termes de l'échange considéré ⁽⁴³²⁾. «Consideration» a une signification technique particulière en droit contractuel anglo-américain ⁽⁴³³⁾. Dans le contexte de l'UFCA, la définition légale donnée par sa section 3 indique cependant

⁽⁴³¹⁾ Voir d'une manière générale ROSENBERG Robert J., *Intercorporate Guaranties and the law of Fraudulent Conveyances: Lender Beware*, University of Pennsylvania Law Review, vol. 125, No. 2, 1976, pp. 235ss, 242ss et, pour une illustration récente en matière de groupe, *United States v. Gleneagles Inv. Co. Inc.*, 565 F. Supp. 556 (1983), pp. 573-574.

⁽⁴³²⁾ Voir *In re Grooms*, 13 B.R. 376 (1981).

⁽⁴³³⁾ La signification particulière du terme «consideration» en droit anglo-américain a pour conséquence que son utilisation par l'UFCA peut être trompeuse. Elle n'a, de fait, pas manqué d'ouvrir la porte à la controverse traditionnelle sur la signification de ce concept en droit anglo-américain. Voir *Mc LAUGHLIN James A.*, op. cit. note (405), pp. 410ss. Pour une illustration de cette controverse, voir *Spanier v. U.S. Fidelity & Guaranty Co.*, 623 P. 2d 19 (1981), p. 23, et récemment *U.S. v. Grice*, 567 F. Supp. 113 (1983): «Under Alabama law, an expressed consideration in deed of «one dollar and love and affection» is not valuable consideration and therefore is insufficient against a creditor». Pour la signification du terme «consideration» en droit contractuel américain, voir *FULLER Ron L. & EISENBERG Melvin A.*, *Basic Contract law*, 4^{ème} édition, 1981, St-Paul Minnesota, West Publishing, 1^{ère} Partie, pp. 1 à 167.

qu'il s'agit ici d'une contre-prestation ayant une valeur effective, soit par réception d'un actif, soit par libération d'un passif⁽⁴³⁴⁾.

L'on remarquera en définitive que les deux éléments fondamentaux de l'action révocatoire que sont un transfert du débiteur en faveur du bénéficiaire, d'une part, et l'absence d'une contre-prestation équitable de la part du bénéficiaire, d'autre part, ont la même signification en droit américain qu'en droit suisse⁽⁴³⁵⁾.

Lors de notre analyse de la réalisation de la condition du transfert (c'est-à-dire du dommage subi par le débiteur) dans le cadre des groupes de sociétés en droit suisse, nous avons soulevé le problème de ce que nous avons appelé la «compensation indirecte», c'est-à-dire des avantages que retire le débiteur d'autres opérations, voire de sa seule appartenance au groupe, et qui viennent en quelque sorte compenser un dommage immédiat subi à l'occasion du transfert envisagé⁽⁴³⁶⁾. Il est significatif de relever que la même question s'est déjà posée aux Etats-Unis. ROSENBERG mentionne en effet le problème et propose de le trancher de la même manière que nous l'avons suggéré en droit suisse. Selon cet auteur, plusieurs tribunaux auraient accepté l'argument, le qualifiant de «**indirect benefit**», et rejeté en conséquence des actions révocatoires dirigées contre des transferts intervenus entre sociétés de groupe, car ceux-ci avaient été indirectement compensés. ROSENBERG cite ainsi une espèce intéressante dans laquelle la compensation indirecte prenait la forme de la possibilité qui avait été offerte au débiteur d'échapper à la faillite grâce à un transfert effectué en faveur d'une autre société du groupe:

« Several other courts have better rationalized upholding various transfers against fraudulent conveyance challenges by finding that sufficient consideration passed to the transferor because an opportunity had been given to it to escape bankruptcy through the strengthening of an affiliated corporation that received the benefit of the transfer. Such an approach seems indisputably proper (...) This permits the analysis to focus upon economic reality in the

⁽⁴³⁴⁾ Voir RIESENFELD Stefan A., Creditors' Remedies, op. cit. note (366), pp. 381ss; Mc LAUGHLIN James A., op. cit. note (405), pp. 401ss: «What is fair consideration?».

⁽⁴³⁵⁾ Voir supra, IIème Partie: pour l'article 286 LP, La condition spécifique: une donation simple ou mixte, pp. 85ss; pour l'article 287 LP, Les conditions spécifiques alternatives, pp. 100ss; pour l'article 288 LP, La condition objective spécifique, pp. 108ss.

⁽⁴³⁶⁾ Voir supra, pp. 54 et 92s.

appropriate factual context without rewarding legal laxity or inflexibly ignoring real benefits merely because they have no place in the company's balance sheet.» ⁽⁴³⁷⁾

ROSENBERG propose même d'aller plus loin. Selon lui, en effet, l'on devrait même admettre, dans certains cas particuliers, qu'il y a compensation indirecte – et donc «fair consideration» – lorsque le transfert considéré n'a pas été effectué en faveur d'un autre membre du groupe (un «alter ego» selon la terminologie américaine), mais à une société externe au groupe, dans la mesure où la société du groupe qui subit ce transfert en bénéficie indirectement. ROSENBERG reconnaît toutefois que ce pas n'a pas encore été franchi par la jurisprudence américaine:

« Such an approach would lead to a finding of fair consideration for a guaranty in a variety of other appropriate contexts. If an alter ego situation presents sufficient consideration, than so should the guaranty of a loan to a third party that is not the alter ego of the guarantor but whose continued health and existence is vitally important to the guarantor - a vital supplier or customer, for example. Under this approach, fair consideration to the guarantor could be found without much difficulty when the loan to the affiliated corporation strengthens its operation sufficiently so that the health of the guarantor is maintained or improved even though bankruptcy was not imminent. Unfortunately, however, no reported cases have gone so far, and the line of cases interpreting the definition in a harshly literal way cannot be ignored.» ⁽⁴³⁸⁾

⁽⁴³⁷⁾ ROSENBERG Robert, *Intercorporate Guaranties and the law of Fraudulent Conveyances: Lender Beware*, University of Pennsylvania Law Review, 1976, vol. 125, N° 2, p. 235ss, 245 et en particulier note 23. ROSENBERG cite plusieurs arrêts. Principalement *Williams v. Twin City Company*, 251 F.2d.678 (1958), mais aussi *Mc Nellis v. Raymond*, 287 F.Supp. 232 (N.D.N.Y. 1968), 420 F.2d.51(2d Circ. 1969):«the postponement of bankruptcy, an indirect benefit arising out of the transfer sought to be set aside, was held to constitute fair consideration.» Voir aussi, pour une opinion qui fait figure de précurseur, dans le même sens, bien que partant du point de vue «traditionnel», *Mc LAUGHLIN James A.*, *Harvard Law Review*, vol. XLVI, 1932-1933, p. 404ss, 415: «A conveyance made by a wife to avoid criminal prosecution of her husband was certainly not made for fair consideration as against her creditors. On purity of reasoning, a conveyance by a corporation should be likewise invalid. Even if it should appear that the grantor would derive **full benefit indirectly**, the effect of such a transaction would seem to be to hinder and delay the creditors of the grantor. But this application of principle cannot fairly be said to be established with equal clarity by authorities».

⁽⁴³⁸⁾ ROSENBERG, *ibidem*, p. 246.

b. Conditions d'application générales

1. *Légitimation active*

Conformément aux sections 9 et 10 de l'UFCA, il suffit d'être créancier pour posséder la légitimation active. Cette seule qualité confère la faculté d'intenter l'action révocatoire contre tous les transferts de patrimoine accomplis par le débiteur. L'action peut être intentée immédiatement, puisqu'aucune poursuite préalable n'est exigée; elle peut l'être individuellement, puisqu'elle appartient directement à chacun des créanciers. Un jugement antérieur établissant la créance du demandeur n'est pas nécessaire⁽⁴³⁹⁾. A défaut de jugement préexistant, la question de l'existence d'une créance – dont dépend en définitive la légitimation active – devra être préalablement tranchée par le juge de l'action révocatoire.

L'action appartient de la même manière à chaque créancier, que sa créance soit exigible ou non. La distinction faite par les sections 9 et 10 de l'UFCA entre respectivement les créanciers détenteurs d'une créance exigible («whose claims have matured») et ceux détenteurs d'une créance non encore exigible («whose claims have not matured») ne limite en rien la qualité pour agir:

«Where a conveyance made or obligation incurred is fraudulent as to a creditor whose claim has not matured he may proceed in a court of competent jurisdiction against any person against whom he could have proceeded had his claim matured...»⁽⁴⁴⁰⁾

La légitimation active appartient enfin dans tous les cas aux créanciers actuels du débiteur. Elle appartient parfois aussi à ceux qui ne deviennent ses créanciers qu'après la commission de l'acte révocable⁽⁴⁴¹⁾.

2. *Légitimation passive*

La légitimation passive est déterminée par les sections 9 et 10 de l'UFCA. Elle ne diffère pas selon l'exigibilité de la créance, puisque la section 10 relative aux créances non exigibles renvoie à cet égard à la section 9 relative aux créances exigibles⁽⁴⁴²⁾.

⁽⁴³⁹⁾ Mc LAUGHLIN James A., op. cit. note (405), pp. 340ss; GLENN Garrard, op. cit. note (405), § 76, pp. 106ss et RIESENFELD Stefan A., *Creditors' Remedies*, op. cit. note (366), p. 382 note 3: «As was held in the instant case, the Uniform Act dispensed with the requirement that a creditor in order to attack a fraudulent conveyance must have reduced his claim to judgment and obtained a lien on the property or an execution returned insatisfied.»

⁽⁴⁴⁰⁾ Section 10 UFCA alinéa 1. La distinction entre créances exigibles ou non exigibles n'a d'effet que sur les conséquences de l'action, pas sur la qualité pour l'intenter.

⁽⁴⁴¹⁾ Voir les cas de révocation des sections 5, 6 et 7 UFCA.

⁽⁴⁴²⁾ Voir la citation faite supra sous chiffre 1. Légitimation active, p. 159.

La section 9 de l'UFCA définit la légitimation passive de façon extrêmement large. Elle permet en principe d'actionner toute personne qui, directement ou indirectement, a bénéficié de l'acte révocable ⁽⁴⁴³⁾. L'acheteur de bonne foi pour un prix équitable («purchaser for fair consideration without knowledge of the fraud at the time of the purchase») ne peut être entrepris ⁽⁴⁴⁴⁾. L'acheteur de bonne foi pour un prix inférieur à un prix équitable («purchaser who without actual fraudulent intent has given less than a fair consideration for the conveyance...») ⁽⁴⁴⁵⁾ possède la légitimation passive, mais peut conserver le bien qui lui a été transféré jusqu'à remboursement de ce qu'il a payé ⁽⁴⁴⁶⁾.

ROSENBERG rapporte que lorsque le bénéficiaire du transfert est membre du groupe ou interne, considérant l'unité informationnelle dont disposent les internes, la bonne foi est déterminée en fonction du caractère plus au moins équilibré (objectivement) de la transaction envisagée:

«One test frequently employed to determine what constitutes «good faith» on the part of the lender is whether the transaction «carries the earmarks of an armth's length bargain». The phrasing of this test in terms of the armth's length quality of the bargain indicates a primary concern with «insider» conduct. Thus, as would be expected, the cases that enunciate this standard tend to involve insiders of the transferee. Courts seems to strain to find a lack of good faith in this context.» ⁽⁴⁴⁷⁾

3. But de l'action

Rappelons que l'action ne profite qu'au créancier demandeur, car elle a lieu par définition hors faillite ^(447.1). Cela étant, le but de l'action varie selon que la créance est exigible ou non encore exigible. Si elle est exigible le créancier peut obtenir, en vertu de la section 9 (1) UFCA, à choix:

- l'annulation du transfert frauduleux à concurrence de ce qui est nécessaire pour satisfaire sa créance [Sec. 9 (1) (a)];

⁽⁴⁴³⁾ Section 9 (1) UFCA: «... against any person except».

⁽⁴⁴⁴⁾ Voir section 9 (1) UFCA «Purchaser» ne doit pas être interprété limitativement. Ce terme vise plutôt toute forme de bénéficiaire, pourvu qu'il n'ait pas acquis l'avantage gratuitement. Voir à ce sujet ROSENBERG Robert J., op. cit. note (437), pp. 260ss.

⁽⁴⁴⁵⁾ L'hypothèse visée par la section 9 (2) de l'UFCA est en effet celle de la donation mixte. Voir à ce propos supra, pp. 85ss.

⁽⁴⁴⁶⁾ Voir section 9 (2) UFCA et Mc LAUGHLIN James A., op. cit. note (405), pp. 341 ss.

⁽⁴⁴⁷⁾ Voir section 9 (2) UFCA et Mc LAUGHLIN James A., op. cit. note (405), pp. 341ss. ROSENBERG Robert, op. cit. note (437), p. 249. Voir aussi la jurisprudence citée dans sa note 37.

^(447.1) Voir supra, pp. 149ss.

- la saisie provisionnelle en mains du bénéficiaire des biens transférés frauduleusement [Sec. 9 (l) (b)].

Si sa créance n'est pas exigible, le créancier obtiendra, en vertu de la section 10 de l'UFCA, au choix du juge:

- une restriction du pouvoir de disposer du bénéficiaire [Sec. 10 (a)];
- la désignation d'un administrateur judiciaire qui prendra en charge les biens transférés [Sec. 10 (b)];
- l'annulation du transfert ou de l'obligation [Sec. 10 (c)];
- toute mesure requise par les circonstances [Sec. 10 (d)].

4. Fardeau de la preuve

En droit civil américain, tout comme en droit suisse, le demandeur à une action judiciaire doit, sauf présomption, prouver les éléments de fait sur lesquels il fonde sa prétention. Ce principe vaut pour l'UFCA. Or, le texte même de l'UFCA n'institue aucune présomption. La traditionnellement plus grande liberté des juges anglo-américains et leur préoccupation permanente d'équité (d'ailleurs réservée expressément par la section 11 de l'UFCA) semblent toutefois avoir de facto conduit à réintroduire un certain nombre de présomptions issues de la tradition historique⁽⁴⁴⁸⁾ et de la jurisprudence étatique⁽⁴⁴⁹⁾. A cela s'ajoute que le jeu des présomptions est

⁽⁴⁴⁸⁾ Voir à ce propos RIESENFELD Stefan A., *Creditors' Remedies*, op. cit. note (366), p. 395 note 1 et p. 405 notes 1 et 2. Conformément en effet à ce que l'on peut appeler la «philosophie de la Common law», les traditions, les lois et les décisions jurisprudentielles passées n'ont, en pratique, pas été abolies par l'UFCA. Ainsi les principes établis par le «*Twyne's Case*» et le système des «badges of fraud» sont-ils toujours appliqués. Voir par exemple *In re Colandrea*, 17 B.R. 568 (1982) «The Maryland Uniform Fraudulent Conveyance Act, Md. Com. Law Code Ann. §§ 15-201 to 15-214 (1975) (the «Maryland Uniform Act»), is in large part a restatement of The Statute Against Fraudulent Deeds & Alienations, 13 Eliz.. c.5 (1570). *Beccio v. Tawnmoore Apartments, Inc.*, 265 Md. 297, 289 A.2d 311 (1972); *Damazo v. Wahby*, 269 Md. 252, 256 n.1, 305 A.2d 138, 141 n.1 (1973). The Statute of Elizabeth was the basis for Maryland fraudulent conveyance actions as late as the early portion of this century. See, e.g., *Arthur & Boyle v. Morrow Bros.*, 131 Md. 59, 101A. 777 (1917). The indicia or badges of fraud first outlined in *Twyne's Case*, 76 Eng.Rep. 809. 812-14 (Star Chamber 1601), continue to be recognized by the Maryland courts as part of the law of fraudulent conveyances under the Maryland Uniform Act. *Berger v. Hi-Gear Tire & Auto Supply, Inc.*, 257 Md. 470, 475-77, 263 A.2d 507, 510 (1970). Moreover, Maryland law continues to recognize a body of other common law concepts as having been incorporated by the Maryland Uniform Act» et *First Nat. Bank in Albuquerque v. Abraham*, 639 P.2d 575 (1982), pp. 579-580.

⁽⁴⁴⁹⁾ RIESENFELD Stefan A., *Creditors' Remedies*, op. cit. note (366), pp. 395 à 397 et 405 à 407; Mc LAUGHLIN James A., op. cit. note (405), pp. 423ss.

compliqué en droit américain par la distinction qu'on y fait entre les «inferences», c'est-à-dire les présomptions laissées à la discrétion du juge, et les «presumptions» (réfragables ou irréfragables) qui s'imposent au juge.

Il semble en l'état difficile d'affirmer des principes généraux. Certaines tendances paraissent cependant émerger. On peut ainsi partir de l'idée que le fardeau de la preuve de l'absence de contre-prestation équitable («fair consideration») incombe toujours au demandeur, sauf lorsque l'acte révocable a eu lieu entre proches ⁽⁴⁵⁰⁾. **Par «proches» il faut entendre également les sociétés liées** ⁽⁴⁵¹⁾. Le surendettement («insolvency») est par contre en général présumé dès lors qu'un transfert sans «fair consideration» est établi:

«...once a creditor shows a conveyance was made or an obligation was incurred without fair consideration by one in debt, the duty shifts to the transferee or obligee to prove the debtor was solvent. (références omises)». ⁽⁴⁵²⁾

L'«intention» des sections 6 et 7 UFCA n'est en principe pas présumée. Les tribunaux américains ont toutefois, comme en Suisse, constaté la difficulté que représente la preuve de cet élément subjectif. Récupérant le système des «badges of fraud» de la common law, ils ont dès lors présumé la réalisation de cette condition si le demandeur parvient à établir certains indices de faits objectifs ⁽⁴⁵³⁾:

«Inasmuch as it is impossible to look into the minds of the parties however, inferences must be permitted with respect to various facts and circumstances from which the requisite intent can be deduced.» ⁽⁴⁵⁴⁾

⁽⁴⁵⁰⁾ RIESENFELD Stefan A., Creditors' Remedies, op. cit. note (366), p. 395 note 1; Mc LAUGHLIN James A., op. cit. note (405), pp. 426ss. Voir pour un exemple récent, Tri-State Vehicle leasing Inc. v. Dutton, 461 A.2d 1007 (Delaware 1983), p. 1008: «The test of a fraudulent conveyance contains two steps: a determination of (a) whether the transfer was made for less than fair consideration, and (b) whether the transferor is rendered insolvent as a result of the transfer. United States v. West, D.Del., 229 F.Supp. 661, 665 (1969). In the case of a voluntary transaction between blood relatives where collusion is difficult to prove, a rebuttable presumption of fraud arises if this test is met. Id.; (références omises). The party asserting the validity of the transfer must demonstrate that he was either solvent after the transaction or that fair consideration was paid. Id. (références omises)».

⁽⁴⁵¹⁾ Voir In re Colandrea, 17 B.R. 568 (1982), pp. 580-581 et les citations faites infra § 3, d., pp. 177ss.

⁽⁴⁵²⁾ United States v. Gleneagles Inv. Co. Inc., 565 F. Supp. 556 (1983), p. 577. Voir aussi: RIESENFELD Stefan A., Creditors' Remedies, op. cit. note (366), p. 395 note 1, qui cite le juge Hand: «If one indebted makes such a transfer, it is presumed in the absence of some proof to the contrary, that he was then insolvent, Feist v. Druckerman, 70 F.2d 333 (2d cir. 1934). This construction was accepted by the state courts». Voir aussi plus récemment Stinner v. Stinner, 446 A.2d 651 (1982); In re Colandrea, 17 B.R. 568 (1982), pp. 579-580 et infra, pp. 177ss.

⁽⁴⁵³⁾ Voir RIESENFELD Stefan A., Creditors' Remedies, op. cit. note (366), pp. 395ss, 405ss et supra note (448).

⁽⁴⁵⁴⁾ ROSENBERG Robert, op. cit. note (437), p. 258.

En matière de groupe de sociétés on compte, parmi ces indices qui font naître une présomption d'intention de porter préjudice aux autres créanciers, le fait que, d'une manière quelconque, le transfert ait eu lieu entre personnes internes au groupe:

«Circumstances from which courts have been willing to infer fraud include (...) the fact that the transferee was an officer or was an agent or creditor of an officer of an embarrassed corporate transferor, the creation by an opposed debtor of a closely held corporation to receive the transfer of his property»⁽⁴⁵⁵⁾,

ou encore:

«The requisite intent under this section need not to be proven by direct evidence but may be inferred (...) or (c) where the transfer is made to a related party (i.e. husband to wife, corporation to stockholder).»⁽⁴⁵⁶⁾.

5. For

L'UFCA ne contient pas de disposition relative au for de l'action qu'il instaure. La détermination du for est laissée aux codes de procédure étatiques. D'une manière générale le droit américain ne diffère pas des principes appliqués en la matière en droit suisse. Le for d'une action basée sur l'UFCA sera ainsi généralement celui du domicile du défendeur⁽⁴⁵⁷⁾. Reste à savoir ce qu'il faut entendre par domicile (résidence). Il est fréquemment admis que, pour une société, ce peut être le lieu de son activité effective, en conformité de la théorie dite du «siège social»⁽⁴⁵⁸⁾.

Par ce biais l'on pourra, le cas échéant, actionner une société de groupe non à son siège statutaire, mais au lieu, par exemple, où se trouve localisée la direction unique du groupe.

⁽⁴⁵⁵⁾ ROSENBERG Robert, op. cit. note (437), p. 259.

⁽⁴⁵⁶⁾ United States v. 58th St. Plaza Theatre, Inc., 287 F. Supp. 475, 498 (1968).

⁽⁴⁵⁷⁾ Voir ainsi par exemple le § 395 (a) du Code de procédure civil californien («The Code of Civil Procedure of the State of California») dans son état au 1er janvier 1983 qui dispose: «(a) Except as otherwise provided by law and subject to the power of the court to transfer actions or proceedings as provided in this title, the county in which the defendants or some of them reside at the commencement of the action is the proper county for the trial of the action...».

⁽⁴⁵⁸⁾ Voir ainsi, en Californie, § 395.5 du Code de procédure civile qui, lorsque le défendeur est une société, permet de l'actionner au for de son principal lieu d'activité: «§ 395.5. Actions against corporations or associations; place of trial. A corporation or association may be sued in the county where the contract is made or is to be performed, or where the obligation or liability arises, or the breach occurs; or in the county where the principal place of business of such corporation is situated, subject to the power of the court to change the place of trial as in other cases. (Added by Stats. 1972, c. 118, § 1)».

6 . Prescription

L'UFCA ne contient pas de règle relative à la prescription ou à la péremption de l'action révocatoire. Le législateur a décidé de laisser cette question à la discrétion des codes de procédure étatiques. Il en résulte une situation assez confuse⁽⁴⁵⁹⁾, car les différentes juridictions n'ont pas donné de réponses uniformes aux trois questions suivantes:

- comment qualifier l'action révocatoire (la durée de la prescription varie selon qu'elle est considérée comme contractuelle ou délictuelle);
- quel est le dies a quo du délai;
- quelle est la durée du délai.

Ainsi par exemple en Californie, la durée du délai varie entre 3 et 5 ans selon que l'action est qualifiée de délictuelle ou qu'elle tombe dans une des nombreuses autres catégories – souvent casuistiques – distinguées par le Code de procédure civil californien⁽⁴⁶⁰⁾.

La seule règle qui semble assez généralement appliquée concerne le dies a quo du délai. Ce dernier court soit à partir du jour où le créancier avait la possibilité juridique d'intenter l'action, soit dès le jour où il a découvert l'acte révocable, selon ce qui lui est le plus favorable⁽⁴⁶¹⁾. En conséquence, aussi bien la date de la commission de l'acte révocable que celle de la faillite sont sans influence sur le début du délai de prescription de l'action.

Cette simple règle peut avoir des conséquences importantes sur le développement de l'action révocatoire dans les groupes. La complexité des transferts intragroupe, la difficulté de réunir les éléments de faits nécessaires à leur démonstration, le manque de collaboration des contrôleurs et des bénéficiaires, l'inertie des tribunaux dans le prononcé des faillites et la durée de la liquidation des sociétés du groupe ont en effet souvent pour conséquence que l'action révocatoire est prescrite avant même qu'elle n'ait pu être intentée si, comme en droit suisse, l'action dépend du jour de la faillite (art. 286 et 287 LP) ou du jour de l'acte révocable (art. 292 LP).

⁽⁴⁵⁹⁾ Voir à ce propos, d'une manière détaillée, RIESENFELD Stefan A., *Creditors' Remedies*, op. cit. note (366), pp. 284 à 388, en particulier notes 1 à 5, pp. 387-388.

⁽⁴⁶⁰⁾ Voir les §§ 312ss du Code de procédure civile californien, op. cit. note (457). Le délai ordinaire de prescription en Californie est de 4 ans.

⁽⁴⁶¹⁾ Voir à ce propos RIESENFELD Stefan A., *Creditors' Remedies*, op. cit. note (366), p. 388 note 4 et les références citées. Pour un exemple récent, voir *Regal Ins. co. v. Summit Guar. Corp.*, 324 N.W.2d 697 (1982), p. 706. Il est intéressant de relever que cette règle du droit américain combine la proposition faite en droit suisse par BERZ [voir supra, note (136)] de ne faire courir le délai qu'à partir du jour où le créancier n'était plus juridiquement empêché d'intenter l'action, avec celle des auteurs de l'avant-projet de révision de la LP de 1981 [voir supra note (208)] de ne faire courir le délai qu'«à partir du jour où l'ayant droit a eu connaissance de sa prétention révocatoire».

Un bon exemple de ce fait est fourni par l'arrêt *Regal Ins. Co. v. Summit Guar. Corp.* ⁽⁴⁶²⁾. Dans cette affaire, les contrôleurs d'un groupe eurent recours à des manoeuvres assez complexes pour transférer gratuitement les actifs d'une société du groupe (FIAC) à une autre (Global). Ces actifs consistaient en \$ 295'000.— et 15'000 actions d'une troisième société (Summit). Les \$ 295'000.— furent transférés de FIAC à Global le 31 août 1975 (contre une reconnaissance de dette qui fut annulée par la suite) et les 15'000 actions le 26 mars 1976. FIAC, désormais sans actifs, survécut quelque temps grâce au seul fait qu'elle était membre du groupe, mais fut finalement déclarée en liquidation forcée («compulsory liquidation») en mars 1979. Vu la complexité des faits qu'il faut imaginer noyés dans la masse des rapports entre les divers membres du groupe, face aussi au refus de collaborer et à la mauvaise foi des contrôleurs détenteurs de l'information, ce n'est qu'en automne 1980 que le liquidateur de FIAC soupçonna les transferts et introduisit une action (basée sur le droit étatique de l'Iowa) pour en obtenir la révocation. Considérant que le délai de prescription applicable était de 5 ans, la question soumise au tribunal était notamment de savoir si l'action révocatoire était ou non prescrite dans la mesure où elle était dirigée contre le transfert des \$ 295'000.—, étant entendu que ce transfert avait été effectué plus de cinq ans avant l'introduction de l'action. Les juges déclarèrent:

«After his appointment in 1979 the liquidator made several inquiries about the transfer of the stock from FIAC but was met with silence and misrepresentations from Meester. Meester said Regal purchased the Summit stock from Global for «valuable consideration» when in fact it had not. When, in October of 1980, Regal sought the liquidator's release from any claims relating to the Summit stock the liquidator asked to see the loan agreement mentioned in the promissory note between FIAC and Global. The request was refused. Only at this point was the liquidator on any notice that something was amiss. The trial court was right in rejecting appellant's contention that recovery of the \$ 295'000.— is barred by the statute of limitations.» ⁽⁴⁶³⁾

L'action fut donc déclarée non encore périmée car le trustee n'avait eu connaissance qu'en octobre 1980 du transfert révocable commis en août 1975.

⁽⁴⁶²⁾ *Regal Ins. Co. v. Summit Guar. Corp.*, 324 N.W. 2d (697) (1982), cité supra (note 461).

⁽⁴⁶³⁾ *Ibidem*, p. 706.

§ 3. Les cas de révocation

Les sections 4 à 8 de l'UFCA énoncent cinq cas de révocation. Nous en passons ici en revue seulement quatre, omettant le cinquième (section 8), qui est consacré aux actes révocables accomplis au détriment du patrimoine de sociétés de personnes, car l'hypothèse nous semble ici de moindre intérêt.

a. En cas de surendettement

La section 4 de l'UFCA est intitulée «Conveyances by Insolvent». L'insolvabilité au sens de l'UFCA est définie par sa section 2, d'une manière cependant ambiguë car elle n'indique pas clairement si elle vise le surendettement ou la réelle insolvabilité ⁽⁴⁶⁴⁾. La jurisprudence a toutefois levé le doute à cet égard en déterminant qu'il s'agit en principe de surendettement ⁽⁴⁶⁵⁾. On peut en conséquence affirmer aujourd'hui que cette section regarde les débiteurs qui sont déjà surendettés au moment de l'acte révocable ou qui le deviennent à cause de cet acte ⁽⁴⁶⁶⁾. La section 4 de l'UFCA est en d'autres termes la variante américaine de l'«*Ueberschuldungspauliana*».

Le surendettement est en principe déterminé en considérant la situation patrimoniale du débiteur. Il est toutefois extrêmement intéressant de constater que, dans une récente (1983) et importante espèce, les tribunaux (en l'occurrence fédéraux, mais appliquant le droit étatique de Pennsylvanie) ont établi le surendettement non pas en se basant sur le patrimoine de chacun des membres du groupe concerné pris séparément, mais en considérant le groupe comme un tout, soit sur la base d'un bilan consolidé. Les motifs invoqués pour ce faire furent que le groupe avait été géré comme une entité unique et que la détermination du surendettement sur un plan consolidé était d'ailleurs réclamée par le groupe lui-même:

«One other preliminary matter relates to whether the solvency of the Raymond Group should be determined as a whole or by examining the

⁽⁴⁶⁴⁾ Rappelons qu'en anglais, on parle d'insolvabilité («insolvency») dans tous les cas. C'est pourquoi, vu la nécessité juridique de distinguer l'insolvabilité du surendettement, les tribunaux d'équité anglo-américains ont utilisé «equitable insolvency» pour désigner l'insolvabilité proprement dite et distinguer ainsi ce concept d'«insolvency», devenu «bankruptcy insolvency» ou «insolvency at law», qui signifie surendettement. Voir à ce propos BEN-DROR Yoav, op. cit. note (111), p. 380 note 34; CARY William L., *Cases and materials on Corporations*, The Foundation Press, Mineola, 4^{ème} édition, 1969, p. 1528. Pour un arrêt distinguant clairement ces deux concepts, voir *United States v. 58th Street Plaza Theater, Inc.*, 287 F. Supp. 475 (1968), p. 500. Voir au sujet du caractère ambigu de la section 4 UFCA, Mc LAUGHLIN James A., op. cit. note (405), p. 420.

⁽⁴⁶⁵⁾ Voir notamment récemment *United States v. Gleneagles Inv. Co., Inc.*, 565 F. Supp. 556 (1983), p. 578. Voir aussi ROSENBERG Robert J., op. cit. note (437), pp. 252ss.

⁽⁴⁶⁶⁾ La section 4 de l'UFCA vise donc les hypothèses 1^o et 2^o que nous avons distinguées supra, p. 64.

individual members thereof. Because the business of the Raymond Group was conducted as though the Raymond Group was a single entity and because the Defendant urged the Court not to look at the solvency of individual Raymond Group members (...), we will deal only with the financial position of the Raymond Group as a whole and not in terms of its individual parts. The question is whether the Raymond Group was solvent on November 26, 1973, immediately before the transaction and immediately thereafter.»⁽⁴⁶⁷⁾

La section 4 UFCA ne connaît pas de condition d'application subjective. Elle exclut même expressément la prise en considération de l'intention du débiteur⁽⁴⁶⁸⁾. Elle énonce seulement deux conditions d'application objectives. La première est celle, générale, d'un transfert, c'est-à-dire d'un acte qui appauvrit le débiteur (soit en augmentant son passif, soit en diminuant son actif)⁽⁴⁶⁹⁾. Sa seconde condition objective est celle, spécifique, du surendettement du débiteur, dont nous venons de parler. Rappelons que la réalisation de cette condition est présumée de manière réfragable dès lors qu'un transfert de patrimoine est établi entre personnes ou sociétés «proches»⁽⁴⁷⁰⁾.

b. En cas de sous-capitalisation

La section 5 de l'UFCA, intitulée «Conveyances by Persons in Business» dispose:

«Every conveyance made without fair consideration when the person making it is engaged or is about to engage in a business or transaction for which the property remaining in his hands after the conveyance is an unreasonably small capital, is fraudulent as to creditors and as to other persons who become creditors during the continuance of such business or transaction without regard to his actual intent.»

Comme l'indique expressément son texte⁽⁴⁷¹⁾, cette disposition ne connaît pas de condition subjective. Elle énonce en revanche trois conditions objectives. La

⁽⁴⁶⁷⁾ United States v. Gleneagles Inv. Co. Inc., 565 F. Supp. 556 (1983), pp. 556ss, 577 n° 16.

⁽⁴⁶⁸⁾ «... without regard to his actual intent... ».

⁽⁴⁶⁹⁾ Voir à ce propos supra, pp. 156ss (transfert et contre-prestation équitable).

⁽⁴⁷⁰⁾ Voir supra, § 2.4. Fardeau de la preuve, p. 161 ss.

⁽⁴⁷¹⁾ «... without regard to his actual intent».

première est celle qui est exprimée par les paroles «in business or transaction». Par cette condition le législateur a voulu limiter l'accès de la section 5 UFCA aux «créanciers d'affaire» du débiteur ⁽⁴⁷²⁾.

La seconde condition est celle, commune à tous les cas de révocation, d'un transfert sans contre-prestation («conveyance without fair consideration») ⁽⁴⁷³⁾.

La troisième condition objective est celle qui fait la spécificité et l'intérêt de la section 5 UFCA: la sous-capitalisation. Cette section de l'UFCA institue en effet un cas de révocation inconnu en droit suisse, mais particulièrement intéressant en matière de droit des sociétés en général et de groupes de sociétés en particulier. Il prévoit en substance qu'est annulable tout transfert qui a pour conséquence de laisser le débiteur avec un capital «déraisonnablement petit» («the property remaining in his hands after the conveyance is an unreasonably small capital»). Peuvent obtenir l'annulation d'un tel transfert non seulement les créanciers du débiteur au moment de l'acte révocable, mais également tous ses créanciers postérieurs, c'est-à-dire également tous ceux qui sont devenus ses créanciers alors que le débiteur était déjà sous-capitalisé, pourvu qu'ils le soient devenus «during the continuance of such business or transaction.» ⁽⁴⁷⁴⁾

Seule compte la sous-capitalisation. L'état d'endettement ou de solvabilité du débiteur est sans pertinence. Il est vrai toutefois que, comme nous l'avons illustré précédemment ⁽⁴⁷⁵⁾, il existe une relation logique entre le capital et le surendettement, celui-là pouvant être défini comme un coussin de sécurité destiné à protéger les créanciers contre celui-ci:

⁽⁴⁷²⁾ Cette condition a pour but et pour effet de limiter le recours à la section 5 de l'UFCA aux créanciers «d'affaires» du débiteur. L'action n'est pas accessible sur cette base à, par exemple, ses créanciers personnels. Voir dans ce sens Spanier v. US Fidelity and Guaranty Co. du 29 octobre 1980, 623 P.2d 19, p. 24: « it is readily apparent that section 44-1005 (= section 5 UFCA en Arizona) is basically concerned with, and by its terms restricted to, a special class of creditors. That special class is composed of the creditors of a debtor engaged or about to engage in business or a specific transaction.»

⁽⁴⁷³⁾ Voir à ce propos supra, pp. 156ss, transfert et contre-prestation équitable.

⁽⁴⁷⁴⁾ Les opinions divergent quant à l'interprétation à donner à «during the continuance of such business or transaction». Selon LANDERS Jonathan M., A Unified Approach to Parent, Subsidiary, and Affiliate Questions in Bankruptcy, The University of Chicago Law Review, vol. 42, 1975, pp. 589ss, 595 et note 17, cette condition limite considérablement la portée de la section 5 de l'UFCA. Mais l'opinion de LANDERS n'est pas convaincante et semble plutôt destinée à tenter de renforcer l'argumentation à laquelle il se livre dans son article. De fait, un récent arrêt lui donne tort. Voir en effet Spanier v. U.S. Fidelity and Guaranty Co., 623 P. 2d 19 (1980), pp. 23-24.

⁽⁴⁷⁵⁾ Voir supra, pp. 56ss.

«(...) a business debtor ought to keep a minimal capital cushion in the business to protect its creditors .» ⁽⁴⁷⁶⁾

Dit en d'autres termes, une société surendettée est nécessairement sous-capitalisée ⁽⁴⁷⁷⁾.

La ratio legis de la section 5 UFCA est que lorsqu'une personne (physique ou morale) est engagée dans les affaires, elle ne doit pas disposer de sa fortune sociale au-delà d'un certain seuil; elle ne peut s'appauvrir volontairement à moins d'être non seulement in bonis, mais encore suffisamment in bonis avant comme après le transfert:

«The debtor's post-transfer situation must be such that not only do his assets exceed his liabilities, but the amount of the excess – the debtor's net worth, or in the loose usage of the statute, his «capital» – must not fall below some reasonable, minimum amount.» ⁽⁴⁷⁸⁾

On pourrait appeler ce cas de révocation l'«**Unterkapitalisierungspauliana**».

La section 5 UFCA met en lumière la relation extrêmement étroite qui existe entre l'action révocatoire et les normes du droit des sociétés sur la distribution de dividendes. Elle illustre en effet que **la différence entre ces deux groupes de normes est exclusivement une question de mesure: celle des transferts qu'ils autorisent, respectivement qu'ils prohibent**. Si le problème de leurs rapports ne s'est pas encore posé en droit suisse, c'est probablement parce qu'on y connaît les principes du «capital social» et de la «réserve légale» dont le but est de garantir précisément les créanciers de la même manière, en définitive, que la section 5 UFCA. Mais ces «sains principes» sont inconnus du droit anglo-américain où le capital action d'une société peut être purement formel («low par value», par exemple¹⁰⁰

⁽⁴⁷⁶⁾ CLARK Robert Charles, The Duties of the Corporate Debtor to its Creditors, Harvard Law Review, vol. 90, 1977, pp. 505ss, 556.

⁽⁴⁷⁷⁾ Voir ainsi encore récemment Spanier v. U.S. Fidelity and Guaranty Co., 623 P.2d 19, p. 24: «(1) looking at the language used in the statute, we are convinced that when insolvency is present, there is an unreasonably small capital as a matter of law. Here the facts show that after the conveyance of corporate assets to Jenkins, the corporation not only had no capital, it had a negative or deficit capital; its liabilities exceeded its assets significantly. We hold that, as a matter of law, this constitutes an unreasonably small capital within the meaning of section 44-1005. (= section 5 UFCA en Arizona)». Nous pensons que l'inverse n'est par contre pas vrai. Une société non - ou très peu - endettée n'est en effet pas nécessairement suffisamment capitalisée. L'explication réside peut-être dans le fait que l'endettement (et donc le surendettement) se mesure sur la base des dettes actuelles du débiteur, alors que la capitalisation (et donc la sous-capitalisation) se juge en tenant compte aussi de son endettement potentiel (risque), c'est-à-dire de son endettement futur. Pour le rapport entre les sections 4 (surendettement) et 5 (sous-capitalisation) de l'UFCA, voir également l'arrêt Spanier v. U.S. Fidelity and Guaranty Co., 623 P2d 19, pp. 24-25.

⁽⁴⁷⁸⁾ CLARK Robert, op. cit. note (476), p. 555.

actions d'1 cent), voire sans valeur nominale («no par value») ⁽⁴⁷⁹⁾. Les droits des sociétés de chacun des états américains ont donc recours à des règles plus ou moins exigeantes pour fixer la limite de ce qui est distribuable. Mais ces règles s'avèrent souvent moins sévères que ne l'est la section 5 UFCA. Elles permettent, en d'autres termes, d'effectuer des distributions aux actionnaires même si la fortune sociale résultante est inférieure au «reasonable capital» exigé par la section 5 UFCA. D'où le conflit d'application entre ces deux corps de règle, conflit qui fera l'objet d'un chapitre séparé ⁽⁴⁸⁰⁾.

Cela étant, l'article 5 UFCA s'inscrit dans la tendance générale du droit américain des sociétés de considérer la sous-capitalisation – autant initiale que subséquente – comme illicite, ou en tous cas comme inéquitable au sens anglo-américain du terme. Il est à cet égard intéressant de relever, dans la perspective des groupes de sociétés, que **la sous-capitalisation permet aussi parfois d'obtenir aux Etats-Unis la subordination des créances intra-groupe ⁽⁴⁸¹⁾, d'étendre la responsabilité des dettes aux contrôleurs ⁽⁴⁸²⁾, voire de consolider les patrimoines de plusieurs membres du groupe ⁽⁴⁸³⁾**. Ce sont là en définitive autant de réponses «équitables» à un problème unique ⁽⁴⁸⁴⁾, celui précisément de la sous-capitalisation,

⁽⁴⁷⁹⁾ LATTY Elvin R., op. cit. note (18), p. 134. A propos des «low par» et «no par stocks», voir notamment JENNINGS Richard W. & BUXBAUM Richard M., *Corporations Cases and materials*, St-Paul Minnesota, West Publishing, 5^{ème} édition, 1979, pp. 798ss, p. 799 note 2: «It was first proposed in 1892, with the argument that it would deflate fraudulent promotions by blunting investors' fascination with the par value of a certificate and their illusory equating of that value with the value of the assets of the enterprise in which they were to invest good money.»

⁽⁴⁸⁰⁾ Voir infra, III^{ème} Partie, pp. 221ss.

⁽⁴⁸¹⁾ Voir pour un exemple le célèbre arrêt *Taylor v. Standard Gas Co.*, 306 U.S. 307 (1939), et plus récemment *In re Mader's Store for Men, Inc.*, 77 Wis.2d 578. 254 N.W.2d 171 (1977); *In re mobil Steel Co.*, 563 F.2d 692 (5^{ème} Circ. 1977) et la jurisprudence citée. Voir en doctrine JENNINGS/BUXBAUM, op. cit. note (479), p. 999 note 3 et les références citées.

⁽⁴⁸²⁾ Voir par exemple *De Witt Truck Brockers, Inc. v. W. Ray Flemming Fruit Co.*, 540 F.2d 681 (4^{ème} Circ. 1976) et les commentaires et références de JENNINGS/BUXBAUM, op. cit. note (479), pp. 979ss.

⁽⁴⁸³⁾ Voir JENNINGS/BUXBAUM, op. cit. note (479), pp. 1000ss et les références citées. Comme le relève CLARK Robert C., op. cit. note (476), p. 540 et les références qu'il cite: «Cases of this sort have been referred to by various metaphors, such as «alter ego» or «instrumentality» cases and attempts to «pierce the corporate veil.»

⁽⁴⁸⁴⁾ Voir ainsi LANDERS Jonathan M., op. cit. note (474); JENNINGS/BUXBAUM, op. cit. note (479), pp. 987ss et 1004ss; et plus particulièrement CLARK Robert C., op. cit., note (476), qui introduit son article comme suit: «The initial thesis of this article is that the law of fraudulent conveyances contains a few simple but potent moral principles governing the conduct of debtors toward their creditors. Moreover, when these normative ideals are properly distilled and examined, a number of less venerable doctrines concerning corporate debtors can be shown to be functional substitutes for or technically necessary complements to the law of fraudulent conveyances. In particular, the doctrines of equitable subordination and piercing the corporate veil may be seen as applications of the same notions of securing the moral obligations of debtors to creditors which are at work in fraudulent conveyance law.»

lorsque l'action révocatoire, vu les limites qui sont les siennes, n'offre pas un correctif satisfaisant (par exemple en cas d'inextricabilité des transferts entre sociétés de groupe et donc d'impossibilité de démontrer l'existence de chacun de ces transferts comme le requiert l'action révocatoire ⁽⁴⁸⁵⁾). Nous reviendrons sur ces moyens de droit «alternatifs» qui ont été développés par la jurisprudence pour permettre de dépasser les limites de l'action révocatoire classique ⁽⁴⁸⁶⁾.

Cela dit, il reste à trancher la question délicate de savoir ce qu'est la sous-capitalisation, c'est-à-dire ce que signifie «capital déraisonnablement petit», étant précisé que l'UFCA est totalement muet à ce propos. La question est en réalité double. Avant en effet de se demander s'il est raisonnable, il y a lieu de savoir ce qu'il faut entendre ici par capital.

Selon LATTY ⁽⁴⁸⁷⁾, suivi en cela plus récemment par CLARK ⁽⁴⁸⁸⁾, le «capital» signifie in casu l'excédent des avoirs sur les dettes, soit la fortune nette, c'est-à-dire la fortune sociale. Il ne s'agit pas du capital au sens économique du terme, c'est-à-dire le total des biens («assets») du débiteur car, comme le souligne LATTY dans un commentaire qui intéresse directement les groupes de sociétés:

«Ordinarily, in one of these corporations organized with what is here called inadequate capital, the totality of all the assets used in the corporations business, that is, the aggregate of the property (including money and credit) made available to its use by the parent through loans, leases, mortgages, etc., is perfectly adequate to operate the business in question.»⁽⁴⁸⁹⁾

Il ne s'agit pas non plus du «legal capital» c'est-à-dire du capital social au sens du droit suisse. Comme nous l'avons déjà indiqué, une telle signification n'aurait en effet aucun sens en droit américain où le concept de capital social n'existe pas.

⁽⁴⁸⁵⁾ Voir par exemple *Chemical Bank New York Trust Company v. Kheel*, 369 F.2d 245 (1956) : «Yet in the rare case such as this, where the interrelationships of the group are hopelessly obscured and the time and expenses necessary even to attempt to unscramble them so substantial as to threaten the realization of any net assets for all creditors, equity is not helpless to reach a rough approximation of justice to some rather than to deny any to all» et le tribunal en conséquence de consolider la liquidation des nombreuses sociétés constituant le groupe.

⁽⁴⁸⁶⁾ Voir infra, Section II, pp. 203ss.

⁽⁴⁸⁷⁾ LATTY Elvin R., op. cit. note (18), pp. 133ss.

⁽⁴⁸⁸⁾ CLARK Robert Charles, *The Duties of the Corporate Debtor to its Creditors*, Harvard Law Review, vol. 90, 1977, pp. 505ss, 554ss, en particulier 555 note 140: «Neither the UFCA nor the Bankruptcy Act define what they mean by «capital» as it appears in the phrase «unreasonably small capital» but common sense suggests that it must be something like «capital» as the phrase is insert in discussions of commercial bank capital adequacy or of reasonable capital in veil piercing cases. In other words, it has to do with the net worth, not just formal capital.»

⁽⁴⁸⁹⁾ LATTY Elvin R., op. cit. note (18), p. 134.

Après le transfert, le débiteur doit conserver une fortune sociale qui atteigne au moins un «minimum raisonnable». Comme nous l'avons indiqué, ce minimum n'est pas fixé par l'UFCA. On le cherchera également vainement dans d'éventuelles règles correspondant à l'article 621 du Code des obligations suisse sur le capital social minimum, puisque le concept de capital social est précisément étranger au droit américain des sociétés. On ne trouvera enfin pas non plus de réponse précise dans la jurisprudence. De fait, il n'existe tout simplement pas de réponse générale et précise à cette question. Elle n'est d'ailleurs pas souhaitée:

«An arbitrary amount of capital is of itself meaningless. One thousand dollars may be adequate capital for a barber shop but grotesque for a steel mill. For this reason the solution of the problem does not lie in legislation, existing in some states, which either prescribes a definite sum as the minimum amount of paid-in capital with which a corporation may be organized or commence business or requires that a certain percentage of the capital stock be paid in before any business is transacted.»⁽⁴⁹⁰⁾

La réponse est ici éminemment casuistique. Le juge doit décider quel montant de la fortune sociale assure aux créanciers actuels et futurs du débiteur un niveau de protection suffisant compte tenu de toutes les circonstances:

«The concept of undercapitalization has never been rigorously defined. Absolute measures of capital inadequacy, such as the amount of stockholder equity or other figures and ratios drawn from the cold pages of the corporation's balance sheets and financial statements, are of little utility, for the significance of this data depends in large part upon the nature of the business and other circumstances.»⁽⁴⁹¹⁾

Parmi ces circonstances l'on retiendra en particulier la taille de l'entreprise sociale, son domaine d'activité et les risques qu'elle comporte⁽⁴⁹²⁾. Le jugement sera porté ex ante, c'est-à-dire en se replaçant au moment où la capitalisation était prétendument insuffisante. On veillera ainsi à ne pas tomber dans la logique douteuse qui consiste à prétendre a posteriori que toute entreprise aujourd'hui en

⁽⁴⁹⁰⁾ LATTY Elvin R., op. cit. note (18), p. 137.

⁽⁴⁹¹⁾ Voir à ce propos REMBAR Charles, Claims Against Affiliated Companies in Reorganization, Columbia Law Review, vol. 39, 1939, pp. 907ss, 915-916; JENNINGS/BUXBAUM, op. cit. note (479), p. 999; CLARK Robert C., op. cit. note (476), p. 555. En jurisprudence, voir récemment In re mobil Steel Co., 563 F2d 692 (5^{me} Circ. 1977); Jenney v. Vining, 415 A.2d 681 (1980), p. 683: «What is unreasonably small capital within the meaning of RSA 545:5 (= UFCA Sec. 5 en New Hampshire) depends on the nature of the enterprise in which one is engaged».

⁽⁴⁹²⁾ DOUGLAS/SHANKS, Insulation from liability through Subsidiary Corporation, Yale Law Journal, vol. 39, 1929, pp. 193ss, 196-197.

faillite était nécessairement sous-capitalisée ⁽⁴⁹³⁾. Cela étant, face à cette notion juridique imprécise, une certaine marge d'appréciation doit naturellement être concédée au juge ⁽⁴⁹⁴⁾.

Ce cas de révocation nous paraît particulièrement important en matière de groupes car ceux-ci présentent la particularité que leurs sociétés composantes sont fréquemment sous-capitalisées. Ce fait s'explique parce que, **à la différence des sociétés qui n'appartiennent pas à un groupe, les sociétés de groupe sous-capitalisées sont viables à long terme**. Grâce en effet au crédit du groupe, grâce surtout au principe des vases communicants – qui permet de procéder à des transferts de patrimoine d'un membre du groupe à l'autre en fonction des besoins et donc de pouvoir exercer une activité commerciale ou économique par l'intermédiaire de plus de sociétés avec moins de capitaux ⁽⁴⁹⁵⁾ – grâce donc au fait même qu'elles appartiennent à un groupe qui est viable en tant qu'ensemble et qui les supporte, les sociétés de groupe subsistent souvent alors même qu'individuellement elles ne le pourraient pas. Un exemple de ce phénomène a été rapporté dans l'arrêt *Soviero v. Franklin National Bank of Long Island*:

«The affiliates had no working capital and whenever they required funds they were provided by the bankrupt with bookkeeping entries setting up the payments as loans and exchanges. When one affiliate failed, the bankrupt paid the losses. In almost all instances, the bankrupt signed and remained liable on the affiliates leases, provided security deposits where necessary, and at times paid rent for some of them.» ⁽⁴⁹⁶⁾

Considérées individuellement les sociétés de groupe sont ainsi souvent – pour emprunter l'imagerie américaine – «topheavy» ⁽⁴⁹⁷⁾, «not seaworthy» ⁽⁴⁹⁸⁾ ou «economically not viable» ⁽⁴⁹⁹⁾, autant de qualificatifs signifiant que, sans le soutien du

⁽⁴⁹³⁾ Le tribunal évite expressément ce travers dans *Snyder Elec. Co. v. Flemming*, 305 N.W.2d 863 (1981), p. 868: «As the trial court observed, «any business which fails can probably be said to have been undercapitalized».

⁽⁴⁹⁴⁾ CLARK Robert C., op. cit. note (476), p. 555.

⁽⁴⁹⁵⁾ Pour une description du «principe des vases communicants», voir supra, pp. 51ss.

⁽⁴⁹⁶⁾ *Soviero v. Franklin National Bank of Long Island*, 328 F.2d 446 (1964), p. 447.

⁽⁴⁹⁷⁾ Voir *Taylor v. Standard Gas Co.*, 306 US 307 (1939), p. 315: «As has been stated, Standard came into complete control of Deep Rock in 1921. From the outset Deep Rock was insufficiently capitalized, was topheavy with debt and was in parlous financial condition. Standard so managed its affairs as always to have a stronghold upon it».

⁽⁴⁹⁸⁾ Voir ISRAEL Carlos L., *Columbia Law Review*, vol. XLII, 1942, pp. 376ss, 383.

⁽⁴⁹⁹⁾ Voir à ce propos l'étude de LANDERS Jonathan M. A. *Unified Approach...*, op. cit. note (474), p. 621: «A number of considerations are useful in determining whether or not a subsidiary is operated as a viable business, with the proper observance of the procedural formalities of separate corporateness. First, and probably foremost, the subsidiary must have an adequate capitalization to carry out its intended business».

groupe, elles connaîtraient probablement la faillite à brève échéance. C'est d'ailleurs là parfois une raison supplémentaire pour sous-capitaliser les sociétés de groupe: la sous-capitalisation permet en effet d'accentuer la dépendance des différentes sociétés du groupe et donc leur contrôle ⁽⁵⁰⁰⁾.

Les sociétés de groupe résistent donc en définitive mieux à la sous-capitalisation et donc aux transferts de patrimoine dont elles font souvent l'objet. La contrepartie est toutefois que si la faillite survient, elle frappe alors souvent simultanément l'ensemble des sociétés du groupe; c'est là, nous l'avons vu, la conséquence ultime du principe des vases communicants ⁽⁵⁰¹⁾. **Les sociétés de groupes présentent donc, dans une certaine mesure, un danger à la fois accru et plus prolongé pour les créanciers externes.** Comme le relève LANDERS, sous le titre «Special Problems of Creditors of Multi-Corporate Enterprises»:

«Although the law gives little protection to creditors of corporations generally, quite apart from the special problem of the multi-corporate enterprise, creditors of a constituent corporation may be exposed to greater risks than creditors of a single corporation. First, the availability of funds from other corporations reduces the practical importance of adequate initial capitalization: constituent corporations can attract investments from related corporations more easily than new capital could be raised from groups of stockholders.» ⁽⁵⁰²⁾

⁽⁵⁰⁰⁾ Pour un exemple, voir l'extrait de l'arrêt Taylor v. Standard Gas Co., 306 US 307 (1939), p. 315, cité supra, note (497).

⁽⁵⁰¹⁾ Voir à ce propos supra, pp. 51ss, 52/53. Il existe de nombreux exemples de ce fait. Voir notamment en droit américain Chemical Bank New York Trust Company v. Kheel, 369 F.2d 845 (1966), où tous les membres d'un groupe de sociétés se prévalurent simultanément du Chapter X du Bankruptcy Act.

⁽⁵⁰²⁾ LANDERS Jonathan M., A Unified Approach..., op. cit. note (474), pp. 596-597.

La révocation en cas de sous-capitalisation – mise en oeuvre le cas échéant avant la faillite du débiteur – semble donc offrir un moyen de protection particulièrement approprié contre ce danger caractéristique des sociétés de groupes ⁽⁵⁰³⁾.

Pour les raisons que nous avons déjà exposées (principes du capital social et des réserves obligatoires, dispositions du CO relatives à la distribution de dividendes), l'Unterkapitalisierungspauliana est certainement plus nécessaire aux Etats-Unis (où l'on ignore ce que nous avons appelé le «sain principe du capital social» ^(503.1)) qu'elle ne le serait en Suisse. Il faut bien admettre toutefois que l'exigence d'un capital social minimum posé par notre ordre juridique, même porté de fr. 50'000.— à fr. 100'000.— ⁽⁵⁰⁴⁾, ne constitue pas une véritable garantie contre la sous-capitalisation. Cette garantie ne dépend de et n'augmente en effet ni avec la taille, ni avec la nature, ni avec le risque que représente la société suisse considérée.

Nous pensons ainsi, en définitive, que l'introduction en droit suisse d'une norme similaire à la section 5 UFCA créerait une base légale plus satisfaisante aux cas de faillite de sociétés de groupe sous-capitalisées, lesquels sont aujourd'hui en général tranchés en Suisse – faute de mieux – sur la base de l'abus de droit ⁽⁵⁰⁵⁾.

c. En cas d'insolvabilité

La section 6 de l'UFCA est intitulée «Conveyances by a Person about to incur debts». Ce titre est quelque peu trompeur car cette section de la loi uniforme vise en

⁽⁵⁰³⁾ Malgré l'incontestable importance théorique de ce cas de révocation, il existe relativement peu d'exemples d'espèces où un transfert a été révoqué sur la base de la seule sous-capitalisation. Certaines décisions sont ambiguës, ainsi *Studley v. Lefrak*, 412 N.Y.S.2d 901 (1979), p. 906: «The transfers stripped the corporations of their assets, rendering them insolvent (see Debtor and Creditor law, § 273) ; they took place when the corporations were ostensibly engaged in business, leaving them an unreasonably small capital (see Debtor and Creditor law, § 274);...». Mais le plus souvent, le juge constate que le débiteur était alors déjà surendetté. Voir en particulier dans ce sens *Spanier v. U.S. Fidelity & Guaranty Co.*, 623 P.2d 19 (1981), p. 24: «..., we are convinced that when insolvency is present, there is an unreasonably small capital as a matter of law». Voir aussi à ce propos les nombreux précédents cités par le même arrêt, p. 24. Pour un exemple d'acte révocable accompli à l'égard d'une société de groupe sous-capitalisée, voir *Taylor v. Standard Gas Co.*, 306 US 307 (1939), en gardant à l'esprit que si le résultat de l'action ne fut en l'occurrence pas la révocation d'un transfert intra-groupe mais la subordination d'une créance interne, selon la théorie de CLARK [voir supra, note (476)], la subordination n'est qu'un substitut fonctionnel de l'action révocatoire. Pour d'autres exemples (mais hors groupe) d'action révocatoire en cas de sous-capitalisation et en l'absence de surendettement, voir *Zuk v. Hale*, 330 A.2d 448 (1974), en particulier pp. 450-451 n° 4, et *Holcomb v. Nunes*, 283 P.2d 301 (1955).

^(503.1) Voir supra, p. 169.

⁽⁵⁰⁴⁾ Voir l'article 621 du projet de modification du droit de la société anonyme du 23 février 1983 (ainsi que 632 al. 2 pour la part minimale libérée) et le message y relatif, pp. 44-45 n° 20 l.2.

⁽⁵⁰⁵⁾ La capitalisation insuffisante est en effet un des arguments fréquemment utilisés en droit suisse pour justifier le «Durchgriff». Voir ainsi DALLEVES Louis, op. cit. note (7), p. 679, cité infra p. 211; voir aussi PETITPIERRE-SAUVAIN Anne, op. cit. note (7), pp. 72 à 74 et EBENROTH C. Th., Zum «Durchgriff» in Gesellschaftsrecht, SAG 1985, pp. 124ss, 133 et note 87, cité infra, p. 211.

réalité aussi bien les transferts effectués par un débiteur déjà insolvable que ceux effectués par un débiteur menacé d'insolvabilité. On pourrait appeler ce cas de révocation «**Insolvenzpauliana**». Il protège les créanciers actuels ou futurs du débiteur.

La section 6 de l'UFCA énonce une condition d'application subjective et deux conditions objectives. La condition subjective concerne l'intention du débiteur. Celui-ci doit agir avec dol ou dol éventuel. Il doit vouloir ou penser («intends or believes») qu'il encourra des dettes qu'il ne sera pas capable de payer lorsqu'elles deviendront exigibles. Nous renvoyons à ce propos à nos développements relatifs au fardeau de la preuve ⁽⁵⁰⁶⁾.

La première condition objective est celle, générale, du transfert sans contre-prestation équitable ⁽⁵⁰⁷⁾. La seconde fait la spécificité de la section 6 de l'UFCA: l'insolvabilité. Le texte de cette disposition déclare en effet révocables les transferts faits par le débiteur lorsque «... he will incur debts beyond his ability to pay as they mature...». C'est là mot pour mot la définition de l'insolvabilité au sens strict du terme («equitable insolvency» ⁽⁵⁰⁸⁾).

En tant que telle l'«Insolvenzpauliana» n'existe pas en droit suisse. Cela s'explique probablement par le fait que, comme nous l'avons vu, notre législateur historique ne semble pas avoir perçu la distinction fondamentale qui existe entre l'insolvabilité et le surendettement ⁽⁵⁰⁹⁾.

En créant deux cas de révocation distincts, l'un pour l'hypothèse du surendettement (Section 4 UFCA, voir supra p. 166 ss), l'autre pour l'hypothèse particulière de l'insolvabilité, le droit américain reconnaît que, du point de vue des créanciers, ces deux états sont différents et pareillement préjudiciables.

Il faut bien admettre toutefois que ce cas de révocation demeure assez théorique, car en cas d'insolvabilité il y aura le plus souvent également sous-capitalisation (section 5 UFCA), parfois surendettement (section 4 UFCA) ou fraude (section 7 UFCA). Il existe toutefois un certain nombre de cas d'application spécifiques ⁽⁵¹⁰⁾.

⁽⁵⁰⁶⁾ Voir supra, pp. 161ss.

⁽⁵⁰⁷⁾ Voir supra, Transfert et contre-prestation équitable, pp. 156ss.

⁽⁵⁰⁸⁾ Voir à ce propos supra, note (464) et les références citées. Voir, pour la distinction et la définition de l'insolvabilité par opposition au surendettement, supra, pp. 58ss. L'insolvabilité est, rappelons-le, l'état dans lequel se trouve une personne lorsqu'elle est dans l'incapacité financière de payer ses dettes exigibles («inability to pay its debts as they become due»).

⁽⁵⁰⁹⁾ Voir à propos de la confusion régnant à cet égard en droit suisse, supra, pp. 58ss. Rappelons-le, l'article 287 LP utilise «insolvabilité» pour «surendettement».

⁽⁵¹⁰⁾ Voir ainsi les cas cités par Mc LAUGHLIN James A., op. cit. note (405), p. 421 note 81 et par COLLIER, On Bankruptcy, op. cit. note (384), n° 548.05.

d. En cas de fraude

La section 7 de l'UFCA est intitulée «Conveyance made with intent to defraud». Cette disposition est la version américaine de la «**Deliktspauliana**». Elle correspond à l'article 288 LP.

La section 7 de l'UFCA énonce une condition d'application objective et une condition d'application subjective. Sa condition objective est celle d'un transfert préjudiciable aux créanciers⁽⁵¹¹⁾. Son élément constitutif subjectif fait la spécificité de cette section: c'est celle de l'intention du débiteur. Celui-ci doit avoir l'intention de retarder, d'entraver ou de léser (to hinder, delay or defraud) ses créanciers présents ou futurs. On reconnaît là les termes mêmes de la première codification anglaise de l'action révocatoire de 1571⁽⁵¹²⁾, dont la section 7 de l'UFCA n'est en fait qu'une retranscription littérale. Cette réception textuelle de la loi historique anglaise a entraîné en pratique la réception de toute la jurisprudence anglo-américaine en la matière. Cela est vrai en particulier pour le grand nombre de précédents relatifs aux «badges of fraud», c'est-à-dire aux circonstances de fait qui permettent de présumer l'intention frauduleuse du débiteur⁽⁵¹³⁾. Se prévalant de la «common law» certaines juridictions américaines n'ont ainsi pas hésité à interpréter la section 7 de l'UFCA à la lumière de ces précédents, alors même qu'ils sont bien antérieurs à l'adoption de l'UFCA⁽⁵¹⁴⁾. Il est intéressant de relever que cette pratique va à l'encontre de la volonté claire des rédacteurs historiques de l'UFCA. Pour mettre fin à l'imbroglio des présomptions, ceux-ci avaient en effet entendu codifier certaines d'entre elles (ainsi la section 4 de l'UFCA contient-elle une présomption implicite irréfragable de fraude) et éliminer toutes les autres⁽⁵¹⁵⁾. Le résultat devait être que l'UFCA ne confie aucune présomption réfragable, sauf celles expressément prévues; or aucune présomption n'est énoncée par la section 7. Mais c'était là apparemment un pari impossible. Confrontés aux difficultés de la pratique, les tribunaux américains ont déclaré:

«Inasmuch as it is impossible to look into the minds of the parties, however, inferences must be permitted with respect to various facts and circumstances from which the requisite intent can be deduced.»⁽⁵¹⁶⁾

⁽⁵¹¹⁾ Voir supra, Transfert et contre-prestation équitable, pp. 156ss.

⁽⁵¹²⁾ Voir à propos du «Statute of Fraudulent Conveyances», 13 Eliz. c.5, 1571, supra, «Les origines anglaises», p. 144.

⁽⁵¹³⁾ Voir d'une manière générale RIESENFELD Stefan A., Creditors' Remedies, op. cit. note (366), pp. 375ss, en particulier pp. 395 et 405-406.

⁽⁵¹⁴⁾ Voir infra, pp. 161ss et en particulier note (448).

⁽⁵¹⁵⁾ Voir ROSENBERG Robert J., op. cit. note (437), p. 248 note 33 et les travaux législatifs par lui cités.

⁽⁵¹⁶⁾ Battjes v. United States, 172 F.2d 1 (1949), p. 5; voir aussi ROSENBERG Robert J., op. cit. note (437), pp. 258-259.

La liste des circonstances dont il faut déduire l'intention frauduleuse – ou plus exactement qui renversent le fardeau de la preuve à cet égard – s'est allongée au fil des arrêts. On citera en particulier, dans le contexte des groupes de sociétés:

«(...) The fact that the transferee was an officer or was an agent or creditor of an officer of an embarrassed corporate transferor, the creation by an opposed debtor of a closely-held corporation to receive the transfer of his property.»⁽⁵¹⁷⁾;

ou encore:

«The requisite intent under this section need not be proven by direct evidence but may be inferred (...) where the transfer is made to a related party (i.e., husband to wife, corporation to stockholder).»⁽⁵¹⁸⁾

Cette jurisprudence est conforme au principe général et incontesté aux Etats-Unis, principe appliqué de la même manière dans tous les cas où l'on doit apprécier des opérations effectuées entre «internes» (contrats, responsabilité des administrateurs, faillite etc. ...), selon lequel les transactions effectuées entre personnes physiques ou morales internes («insiders») sont a priori considérées comme suspectes, et que donc le fardeau de la preuve de leur caractère équitable incombe à celui qui se prévaut de leur validité (en général le bénéficiaire interne ou la direction du groupe). Ce principe, dont on a affirmé qu'il est basé sur des «cardinal principles of equity jurisprudence» a été résumé comme suit, dans le fameux arrêt *Pepper v. Litton*, en 1939 déjà:

«A director is a fiduciary. So is a dominant or controlling stockholder or group of stockholders. Their powers are powers in trust. Their dealings with corporation are subjected to rigorous scrutiny and where any of their contracts or engagements with the corporation is challenged the burden is on the director or stockholder not only to prove the good faith of the transaction but also to show its inherent fairness from the viewpoint of the corporation and those interested therein. The essence of the test is whether or not under all the circumstances the transaction carries the earmarks of an arm's length bargain.»⁽⁵¹⁹⁾

La même règle vaut lorsque les transactions considérées interviennent entre sociétés appartenant à un même groupe:

⁽⁵¹⁷⁾ COLLIER, op. cit. note (384), vol. 14 (1975), 67.37, p. 549-43.

⁽⁵¹⁸⁾ *United States v. 58th St. Plaza Theatre, Inc.*, 287 F. Supp. 475 (1968), p. 498.

⁽⁵¹⁹⁾ *Pepper v. Litton*, 308 US 295ss, 306 (1939). Pour un récent arrêt qui cite le même extrait de *Pepper v. Litton*, voir *In re mid-Town Produce Terminals, Inc.*, 599 F.2d 389 (1979), p. 392.

«There is no dilution of this obligation where one holds dual or multiple directorships, as in a parent-subsidiary context.»⁽⁵²⁰⁾

Basé sur des considérations manifestes d'équité, ce principe trouve sa justification profonde dans le problème de l'accès à l'information auquel se heurtent en général irrémédiablement les personnes externes aux groupes face aux transactions effectuées par des internes. Ainsi:

«But he (G.J. Sinclair) and Richard Sinclair have the knowledge of the transactions discussed above, and as the insider with the burden of showing the inherent fairness of claim to priority the burden of explanation should be upon G.J. Sinclair.»⁽⁵²¹⁾

On ne saurait trop insister sur le fait que la présomption ainsi instaurée est **réfragable**. La preuve libératoire est absolument ouverte. Ainsi a-t-elle été acceptée dans un arrêt du Minnesota de 1981:

«Transactions between an insolvent corporation and its president or other companies under his control are presumptively fraudulent conveyances, but here this presumption was overcome by evidence showing by clear proof the defendant executive acted with impartiality and fairness to the corporation.»⁽⁵²²⁾

On relèvera que, contrairement à l'article 288 LP, la section 7 de l'UFCA n'exige pas la «connivence» du bénéficiaire. L'on rappellera toutefois que la bonne foi de ce dernier est protégée par la section 9 (1) et (2) de l'UFCA⁽⁵²³⁾. Il s'ensuit que si la connivence du bénéficiaire n'est pas formellement un élément constitutif de l'action, la démonstration de son absence (c'est-à-dire la démonstration de la bonne foi du bénéficiaire) peut faire échec à celle-ci. Le fardeau de la preuve incombe cependant au bénéficiaire (comme c'est le cas en vertu de l'article 291 al. 3 LP).

Il apparaît ainsi en définitive que la «Deliktspauliana» de l'UFCA comprend substantiellement deux conditions subjectives: la «connivence» du bénéficiaire, qui est toujours présumée (réfragablement) et l'intention du débiteur, qui doit être démontrée par le demandeur à l'action, sauf dans certains cas où elle est également présumée, en particulier lorsque le transfert considéré intervient entre internes d'un groupe de sociétés. Dans le cas des groupes de sociétés donc, la «Deliktspauliana» devient, en dernière analyse, un cas de responsabilité objective pour la restitution de

⁽⁵²⁰⁾ Weinberger v. UOP Inc., 457 A.2d 701 (1983) cité par CARY & EISENBERG, Cs. Corp. 5th Ed. UCB-5 1983 Supp. p. 117ss, 127.

⁽⁵²¹⁾ In re mid-Town Produce Terminals, Inc. 599 F.2d 389 (1979), p. 394.

⁽⁵²²⁾ Snyder Elec. Co. v. Flemming, Minn. 305 N.W. 2d 863, p. 866.

⁽⁵²³⁾ Voir à ce propos supra, L'Égitimation passive, pp. 159/160.

tous les transferts de ressources ou de patrimoine survenus au sein du groupe (au sens large), sous réserve d'une preuve libératoire qui permet à la direction unique du groupe de démontrer sa bonne foi. C'est là la solution que nous avons préconisée en droit suisse, ou mieux: une démonstration vivante de ce que cette solution fonctionne de manière équitable et satisfaisante, dans un ordre juridique confronté, en matière de groupes de sociétés, à des problèmes identiques aux nôtres.

SOUS-SECTION C: EN CAS DE FAILLITE : LE BRA ⁽⁵²⁴⁾

§ I. Champ d'application

Les dispositions du droit fédéral sur l'action révocatoire sont énoncées par les §§ 544 à 550 du Bankruptcy Reform Act de 1978 (BRA) ⁽⁵²⁵⁾. Elles sont applicables dès le moment où une demande de faillite a été introduite conformément aux sections 301 à 303 BRA devant les tribunaux fédéraux compétents contre une personne susceptible d'être un débiteur au sens de la section 109 BRA ⁽⁵²⁶⁾. Il ne peut ainsi y avoir de conflit d'application entre le BRA et l'UFCA, puisque ce dernier s'efface automatiquement dès que le BRA devient applicable ⁽⁵²⁷⁾.

L'une des préoccupations permanentes de cette thèse est celle des rapports entre l'action révocatoire et l'action en restitution des dividendes indûment versés, problème dont la réponse détermine le champ d'application matériel des règles sur l'action révocatoire. Nous avons déjà indiqué qu'en Suisse ce problème semble totalement nouveau, tant il est vrai qu'il n'y a pas encore été clairement posé ⁽⁵²⁸⁾, et

⁽⁵²⁴⁾ Voir en général, à propos du BRA, COLLIER, op. cit. note (384); RIESENFELD Stefan A., *Creditors' Remedies*, op. cit. note (366), pp. 503ss.

⁽⁵²⁵⁾ Reproduit en Annexe B, pp. 287 ss.

⁽⁵²⁶⁾ Ne sont soumises au BRA que les personnes susceptibles d'être des débiteurs au sens du § 109 BRA (reproduit infra en Annexe B). Ainsi les assurances et les banques «domestiques» ne sont pas soumises au BRA mais à des procédures d'exécution forcée spéciales (non-bankruptcy liquidation) vu la nature «publique» de leur activité et les intérêts «sociaux» en jeu. Cette limitation n'est cependant pas applicable aux banques et aux assurances étrangères en vertu du § 109 (b) (3), dit «Herrstadt Amendment Section» parce qu'il a été introduit dans le BRA à la suite des problèmes soulevés aux Etats-Unis par la fameuse faillite de la banque allemande Herrstadt. Voir à propos des limitations à l'application du BRA, COLLIER, op. cit. note (384) et RIESENFELD Stefan A., *Creditors' Remedies*, op. cit. note (366), pp. 512ss. Sur les problèmes que la limitation matérielle du champ d'application du BRA instaurée par son § 109 pose en cas de faillite de plusieurs sociétés appartenant à un même groupe, mais dont certaines sont soumises au BRA et d'autres pas, voir *In the matter of Bankers Trust Co., United States Court of Appeal, 5^{ème} Circ., 566 F.2d, 1281 (1978)*.

⁽⁵²⁷⁾ Pour les rapports systématiques entre le BRA et l'UFCA, voir supra, section I, pp. 143ss, 148/149.

⁽⁵²⁸⁾ Voir infra, pp. 233ss.

qu'en droit américain étatique, si la question n'est pas récente, sa réponse demeure controversée ⁽⁵²⁹⁾. Cette incertitude n'existe en revanche pas en droit américain fédéral. D'une part, en effet, il ne peut y avoir de conflit en son sein vu que le droit des sociétés, dont relèvent les règles sur la licéité des distributions de dividendes, est de la compétence exclusive de chacun des Etats. En ce qui concerne, d'autre part, la coexistence entre l'action révocatoire du BRA et les règles étatiques, l'incertitude est levée par la section 544 (b) du BRA qui comprend un renvoi exprès à toutes les règles étatiques sur l'action révocatoire au sens large et notamment, cela est indiscuté, aux règles étatiques sur l'annulation des dividendes. Celles-ci ne sont donc pas en conflit – positif ou négatif – mais viennent ainsi en principe s'articuler logiquement et harmonieusement avec les règles fédérales sur l'action révocatoire comme nous le verrons plus en détail dans les pages qui suivent ⁽⁵³⁰⁾.

§ 2 . Les règles du BRA sur l'action révocatoire

a. Les règles et leur systématique interne

Stricto sensu le BRA ne contient qu'une seule section sur l'action révocatoire, le § 548 intitulé «Fraudulent transfers and obligations» (transferts et obligations frauduleuses). Mais, en réalité, cette section ne saurait être comprise hors de son contexte, constitué par les sections 544 à 550 BRA, qui traitent toutes des «voiding powers of the trustee» («les compétences révocatoires du curateur») ⁽⁵³¹⁾ et dont l'ensemble représente véritablement les règles du BRA sur l'action révocatoire.

La lecture des sections 544 à 550 BRA n'est pas d'une compréhension aisée. Cela est dû notamment au fait qu'elles supposent connues un certain nombre de pratiques développées par la jurisprudence [par exemple la «strong arm clause» (infra, § 3.a)], qu'elles codifient un certain nombre d'instruments inconnus du droit suisse [par exemple les «voidables preferences» (infra, § 3.b)] et qu'elles renvoient en partie à la diversité des droits étatiques (infra, § 3.d) .

Pour tenter de simplifier l'exposé de ces normes, nous avons choisi de ne pas les présenter dans l'ordre adopté par le BRA. Après avoir énuméré les conditions générales d'application des différents cas de révocation (infra, § 2.b), nous commencerons par examiner le § 544 (a) BRA (infra, § 3.a) qui confère au curateur de la faillite une sorte de pouvoir de révocation purement objectif à l'égard de toute créance payée par le débiteur dans un certain délai avant sa faillite. Nous verrons ensuite le § 548 BRA (infra, § 3.c) qui reprend en substance les dispositions de

⁽⁵²⁹⁾ Voir infra, pp. 225ss.

⁽⁵³⁰⁾ A propos du § 544 (b) BRA, voir infra, pp. 201s.

⁽⁵³¹⁾ Voir RIESENFELD Stefan A., *Creditors' Remedies*, op. cit. note (366), 4^{ème} édition en préparation: I. «Voiding Powers of Trustee».

l'UFCA. Nous terminerons par le § 544 (b) BRA (infra, § 3.d) qui contient un renvoi à tous les cas de révocation et d'annulation étatiques.

Notre présentation de l'action révocatoire fédérale n'en est qu'un bref survol. Elle ne prétend pas être exhaustive, d'autant plus qu'un grand nombre d'incertitudes créées par la réforme de 1978 commencent tout juste à être discutées par la jurisprudence. Cela dit, le BRA n'est pas venu bouleverser le droit préexistant en la matière et la jurisprudence antérieure à son adoption est encore souvent pertinente. Par ailleurs, le fait que le BRA reçoit d'une part l'UFCA (§ 548) et d'autre part y renvoie, (§ 544 b) permet de référer très largement au droit étatique qui a fait l'objet de notre point précédent (pp. 149 à 180).

b. Définitions et conditions d'application générales

aa. Définitions

La plupart des termes utilisés par le BRA qui ont une signification technique précise sont définis par sa section 101. Nous reproduisons en annexe ⁽⁵³²⁾ celles de ces définitions qui nous intéressent ici: «affiliate»; «corporation»; «entity»; «insider»; «insolvent»; «person»; «relative»; «transfer».

bb. Conditions d'application générales

1. Légitimation active

La légitimation active appartient dans tous les cas au «trustee», c'est-à-dire à l'administrateur de la masse («estate») ⁽⁵³³⁾. Cela découle du texte même des sections 544 (a) et (b), 547 et 548 BRA: «The trustee may avoid any transfer ...» et, d'une manière générale, de la section 323 (b) BRA: «The trustee in a case under this title has capacity to sue and be sued». Contrairement à ce qui est le cas en Suisse (art. 260 LP), le BRA ne prévoit pas la possibilité de la cession aux créanciers qui le demandent des prétentions auxquelles le trustee aurait renoncé. En cas d'inaction de celui-ci, la seule voie ouverte aux créanciers consiste à recourir au juge de la faillite afin qu'il ordonne au trustee d'agir. Le cas échéant, ils pourront aussi conclure à la substitution du trustee ⁽⁵³⁴⁾.

⁽⁵³²⁾ Voir Annexe B, pp. 287 ss.

⁽⁵³³⁾ Les règles concernant le choix du trustee, ses compétences, sa révocation, etc., sont énoncées par les §§ 321 à 331 BRA. Voir en particulier le § 323 BRA: «Role and capacity of trustee. (a) The trustee in a case under this title is the representative of the estate. (b) The trustee in a case under this title has capacity to sue and be sued.»

⁽⁵³⁴⁾ Voir § 324 BRA: «Removal of Trustee or Examiner».

2. *Légitimation passive*

Le BRA ne contient pas de règle équivalente à l'article 290 LP. Les actions découlant des sections 544 à 548 BRA ne sont en effet pas nécessairement dirigées contre le bénéficiaire de l'acte révocable; elles peuvent l'être aussi contre le débiteur lui-même et conclure tout simplement à l'annulation de l'acte attaqué⁽⁵³⁵⁾. Dans les deux hypothèses cependant, le trustee devra en principe se retourner en définitive contre le bénéficiaire dont la qualité pour défendre est réglée par la section 550 BRA⁽⁵³⁶⁾. Cette disposition permet en substance de réclamer le montant du transfert révoqué à tout bénéficiaire, **immédiat ou médiat** («§ 550 (a) (2) ... any immediate or mediate transferee of such initial transferee.»). Le terme bénéficiaire – et la légitimation passive qui en découle – doit donc s'interpréter largement.

De même que nous l'avons suggéré dans le cadre de notre analyse de la question en droit suisse (art. 290 LP⁽⁵³⁷⁾), le fait que l'action puisse aussi être dirigée contre le bénéficiaire médiat du transfert permet ainsi d'actionner tout membre du groupe ou tout interne qui a bénéficié du transfert de ressources ou de patrimoine en question. Tout comme en Suisse ou aux Etats-Unis sous l'empire de l'UFCA, le bénéficiaire de bonne foi est toutefois largement protégé⁽⁵³⁸⁾, étant précisé toutefois que l'absence de bonne foi est présumée en cas de transfert intervenant entre internes, comme nous le verrons plus en détail (infra 4, pp. 184 à 187)⁽⁵³⁹⁾.

3. *But de l'action*

En utilisant dans tous les cas le terme «avoid», les rédacteurs du BRA ont clairement montré que le but de l'action est l'annulation du transfert attaqué et non pas la constatation de sa nullité⁽⁵⁴⁰⁾.

Le concept central de «transfert» est défini extrêmement largement. Il comprend tout acte de disposition ou tout acte juridique qui fait naître une obligation, volontairement ou involontairement⁽⁵⁴¹⁾.

⁽⁵³⁵⁾ Voir ainsi *Tri-State Vehicle Leasing, Inc. v. Dutton*, 461 A.2d 1007 (1983).

⁽⁵³⁶⁾ Voir Annexe B.

⁽⁵³⁷⁾ Voir supra, pp. 74ss.

⁽⁵³⁸⁾ Le bénéficiaire de bonne foi est en effet protégé de manière très détaillée par le § 550 (b) et (d) du BRA. Voir aussi, dans le cas particulier du § 548 BRA, § 548 (c), ainsi que les règles de l'UFCA en cas de renvoi à celles-ci par le § 544 (b) BRA.

⁽⁵³⁹⁾ Voir aussi supra, pp. 161ss & 177ss.

⁽⁵⁴⁰⁾ Rappelons qu'en Suisse, malgré le texte de l'art. 288 LP («Sont enfin nuls»), la jurisprudence a aussi admis que l'action révocatoire vise l'annulation des actes révocables et non pas la constatation de leur nullité. Voir à ce sujet supra, pp. 78s.

⁽⁵⁴¹⁾ Voir 101 (40) reproduit en annexe B.

4. Fardeau de la preuve

Conformément au principe général, le fardeau de la preuve des éléments constitutifs des différents cas d'action révocatoire incombe au demandeur, c'est-à-dire au trustee.

Le texte de la loi ne prévoit que de très rares exceptions à cette règle⁽⁵⁴²⁾. Mais ce principe est fortement atténué en pratique. En effet, étant donné que le BRA constitue largement une réception des règles étatiques de l'UFCA par le droit fédéral, les tribunaux de faillite n'ont pas hésité à appliquer les sections 544 à 548 BRA en recourant au système des «badges of fraud» développé par les juges étatiques⁽⁵⁴³⁾. Cela est vrai en particulier pour les cas d'actions révocatoires intentées au nom de la masse du débiteur failli par le trustee contre d'autres membres ou internes d'un groupe de sociétés. Les problèmes rencontrés par le trustee sont alors, en effet, d'une manière générale les mêmes que ceux qu'ont à affronter les créanciers externes d'une société de groupe non faillie. Il en résulte que les tribunaux fédéraux de faillite ont très généralement recouru aux présomptions qui ont été développées dans le cadre de l'application de l'UFCA par les tribunaux étatiques. Nous renvoyons donc d'une manière générale à nos développements à ce sujet⁽⁵⁴⁴⁾.

Rappelons que ces présomptions peuvent être en substance ramenées à: une présomption de transfert «frauduleux» (infra, 4.1) et une présomption de connaissance (infra, 4.2). Ces deux présomptions ne modifient en principe pas le droit matériel mais rendent son application plus équitable, singulièrement du point de vue des créanciers externes au groupe. Elles découlent de la seule logique des circonstances et, pour cette même raison, pourraient être retenues telles quelles par les juges suisses à l'occasion de leur application de notre droit positif. C'est d'ailleurs là, rappelons-le, l'une des conclusions à laquelle nous sommes parvenu à l'issue de notre examen de l'action révocatoire en droit suisse⁽⁵⁴⁵⁾.

4.1. Présomption de transfert «frauduleux»

Cette première présomption repose sur la constatation que les transactions intervenant au sein d'un groupe de sociétés entraînent souvent des transferts de patrimoine, car elles sont en général imposées par la direction unique dans l'intérêt du groupe et non pas négociées «at arm's length» par des parties indépendantes qui poursuivent chacune leur intérêt propre. Elle repose aussi sur la constatation que le caractère, le cas échéant, équitable des transactions internes est en général relative-

⁽⁵⁴²⁾ Voir ainsi par exemple la présomption réfragable de surendettement dans les 90 jours qui précèdent la demande de faillite instaurée par le § 547 (f) BRA.

⁽⁵⁴³⁾ Voir ainsi In re Colandrea, 17 B.R. 568 (1982), en particulier p. 581.

⁽⁵⁴⁴⁾ Voir supra, pp. 161ss et 177ss.

⁽⁵⁴⁵⁾ Supra, p. 136, ch. 1 et 2.

ment facile à prouver par les membres du groupe, alors que la démonstration de leur caractère, le cas échéant, inéquitable est, dans la plupart des cas, difficile – voire impossible – à démontrer par des personnes externes au groupe ⁽⁵⁴⁶⁾.

Sur la base de ces considérations, les juges américains ont fini par présumer d'une manière générale que toute transaction qui intervient entre membres d'un même groupe entraîne un transfert non compensé (donc «frauduleux») de ressources ou de patrimoine et qu'elle est donc de ce fait **a priori révoicable**:

«Transactions involving corporations and their executives or corporations under the common control of the same officers and directors are to be regarded with scepticism by the courts and closely scrutinized (références omises). As in all cases of claimed self-dealing or conflict of interest against corporate officers and directors, such transactions are presumptively fraudulent.» ⁽⁵⁴⁷⁾

Ainsi que le suggère cette citation, la présomption de transfert ne vise pas seulement les sociétés liées, mais tous les membres du groupe lato sensu, y compris les personnes physiques et en particulier les contrôlares du groupe, c'est-à-dire ses internes («insiders»).

Si une telle transaction intra-groupe est mise en question, par exemple par la voie de l'action révocatoire, le fardeau de la preuve de son caractère équitable, donc non-révocable, incombe à celui des internes qui se prévaut de sa validité:

«... and to overcome this presumption the executive must show by clear proof he acted with impartiality and fairness to the corporation (références omises).» ⁽⁵⁴⁸⁾,

ou,

«... where the fairness of such transactions is challenged the burden is upon those who would maintain them to show their entire fairness and where a sale is involved the full adequacy of the consideration.» ⁽⁵⁴⁹⁾

Ce que les juges américains appellent «presumptively fraudulent» ⁽⁵⁵⁰⁾ et que nous avons traduit par «présomption de transfert» est une présomption de révoicabilité. Comme l'indiquent les extraits d'arrêts cités, ce qui est présumé est en effet

⁽⁵⁴⁶⁾ Voir à ce propos supra, pp. 90 à 97. Pour une discussion générale et détaillée des problèmes posés par les transactions intervenant entre personnes internes à un groupe de sociétés en droit américain, voir JENNINGS/BUXBAUM, op. cit. note (479), chapitre VI, pp. 441ss.

⁽⁵⁴⁷⁾ Snyder Elec. Co. v. Fleming, 305 N.W.2d 863 (1981), p. 867.

⁽⁵⁴⁸⁾ Snyder Elec. Co. v. Fleming, 305 N.W.2d 863 (1981), p. 867.

⁽⁵⁴⁹⁾ Geddes v. Anaconda Mining Co., 254 U.S. 590 (1920), p. 599, cité par United Towing Company v. Phillips, 242 F.2d 627 (1957), pp. 630-631.

⁽⁵⁵⁰⁾ Snyder Elec. Co. v. Fleming, 305 N.W.2d 863 (1981), p. 867.

le caractère inéquitable, c'est-à-dire non-équilibré du contrat intra-groupe, donc l'existence d'un transfert de patrimoine au sein du groupe.

La présomption ainsi instituée est réfragable, c'est-à-dire qu'elle n'entraîne qu'un renversement du fardeau de la preuve. Le bénéficiaire de l'acte révocable a la possibilité de démontrer le caractère équitable de la transaction envisagée. Il devra pour ce faire démontrer positivement que le débiteur n'a pas été lésé, ni directement, ni indirectement par les termes de l'échange. Ce faisant, il devra livrer des informations et produire des preuves dont seule dispose souvent la direction unique du groupe et qui, pour cette raison, font souvent échec à l'action du trustee, en l'absence de renversement de l'onus probandi.

4.2. *Présomption de connaissance*

A l'unité économique que constitue le groupe, correspond une unité d'information et de connaissance de la situation financière des différentes sociétés qui le composent. Tirant les conséquences de cette constatation, certaines décisions américaines ont appliqué ce que l'on pourrait appeler une présomption de connaissance aux différents membres du groupe. Si le demandeur à l'action révocatoire démontre que le bénéficiaire fait partie du même groupe que le débiteur, il est présumé, en principe irréfragablement, que le bénéficiaire (et ses contrôleurs) connaissaient la situation financière du débiteur, et donc qu'ils connaissaient les effets de l'acte révocable sur cette situation. **L'allégation par le bénéficiaire de son ignorance de l'insolvabilité, du surendettement ou de la sous-capitalisation du débiteur devient ainsi par principe inopposable au demandeur à l'action révocatoire dès lors que le bénéficiaire et le débiteur sont membres du même groupe de sociétés.** En bref, tout interne est présumé être «de mauvaise foi».

La récente affaire Harry Kaiser Associates, Inc., jugée en 1981 par les tribunaux fédéraux de faillite de l'état de Floride, illustre assez bien la mise en oeuvre de cette présomption. Les Silver, mari et femme, contrôlaient un groupe formé de deux sociétés dont ils constituaient la direction unique. Ils procédèrent à un important transfert de patrimoine de l'une de ces sociétés (le débiteur) à l'autre (le bénéficiaire). La question était en substance de savoir si l'on pouvait imputer au bénéficiaire la connaissance du caractère révocable du transfert. Le juge n'hésita pas à l'affirmer, en partant du principe que la connaissance que la direction unique du groupe avait de l'état patrimonial du débiteur et des conséquences qu'auraient pour lui l'acte envisagé était imputable au bénéficiaire:

« Several badges are present here: (...) and (c) the transfers were from a corporation to the stockholders who controlled the corporation and to an other corporation owned and controlled by the same individuals, a husband and wife.

(3) The debtor was marginally solvent in January 1980, when these two transfers were made, but the debtor had lost its sole distributorship eight months earlier and I believe the husband and wife then knew this would put them out of business and that they would face heavy claims.»⁽⁵⁵¹⁾

Il n'est pas nécessaire d'insister sur l'importance pratique du recours à une telle présomption au sein des groupes. En tenant pour acquis l'élément subjectif de l'action révocatoire, elle rétablit en effet l'équilibre qui est souvent détruit au détriment du trustee et donc des créanciers externes dès lors qu'un acte révocable intervient entre membres d'un même groupe.

5. For

Le for ordinaire de l'action révocatoire est celui de l'ouverture de la faillite. Ce dernier, ainsi que le for de l'action révocatoire, est déterminé par les «Bankruptcy Rules» et par les règles fédérales de procédure civile.

Il nous paraît intéressant de mentionner ici une innovation du BRA en matière de for de la faillite qui a une grande importance pratique en matière d'action révocatoire dans les groupes de sociétés. La règle 1014 (b) des «Bankruptcy Rules» de 1983 permet en effet au juge de décider de **soumettre les faillites de plusieurs sociétés membres d'un même groupe à un for unique** en dérogeant, le cas échéant, au for ordinaire de la faillite de chacune d'entre elles. Sous le titre «Changement de for. Procédure lorsque des demandes impliquant le même ou plusieurs débiteurs liés («related») sont introduites à des fors différents»⁽⁵⁵²⁾, cette disposition déclare en effet:

⁽⁵⁵¹⁾ In re Harry Kaiser Associates, Inc., Bankruptcy. 14 B.R. 107 (1981), p. 107ss, 109.

⁽⁵⁵²⁾ «Rule 1014. Change of Venue. (a) Transfer of Cases. (1) Cases Filed in Proper District. If a petition is filed in a proper district, on timely motion of a party in interest, and after hearing on notice to the petitioners and to other persons as directed by the court, the case may be transferred to any other district if the court determines that the transfer is for the convenience of the parties and witnesses in the interest of justice. (2) Cases Filed in Improper district. If a petition is filed in an improper district, on timely motion of a party in interest and after hearing on notice to the petitioners and to other persons as directed by the court, the case may be retained or transferred to any other district if the court determines that the retention or transfer is for the convenience of the parties and witnesses in the interest of justice. Notwithstanding the foregoing, if no objection is raised, the court may, without a hearing, retain a case. (b) Procedure when Petitions Involving the Same Debtor or Related Debtors Are Filed in Different Courts. If petitions commencing cases under the Code are filed in different districts by or against (1) the same debtor, or (2) a partnership and one or more of its general partners, or (3) two or more general partners, or (4) a debtor and an affiliate, on motion filed in the court in which the first petition is filed and after hearing on notice to the petitioners and other persons as directed by the court, the court may determine, for the convenience of the parties and witnesses, in the interest of justice the court or courts in which the case or cases should proceed. Except as otherwise ordered by the court in which the first petition is filed, the proceedings on the other petitions shall be stayed by the courts in which the petitions have been filed until the determination is made. The courts in which petitions have been filed shall act in accordance with the determination.»

«If petitions commencing cases under the Code are filed in different districts by or against (1) the same debtor, or ... (4) a debtor and an affiliate, on motion filed in the court in which the first petition is filed and after hearing on notice to the petitioners and other persons as directed by the court, the court may determine, for the convenience of the parties and witnesses, in the interest of justice the court or courts in which the cases should proceed...».

Le terme «affiliate» est défini, rappelons-le, de manière extrêmement large, par le § 101 (2) BRA ⁽⁵⁵³⁾.

Dans la perspective de l'action révocatoire, cette unification du for a pour conséquence que les différentes actions en restitution des transferts de patrimoine intra-groupe seront toutes intentées devant le même juge et non pas aux fors naturels (souvent dispersés) de chacune des sociétés liées. Cet aménagement procédural – dicté lui aussi par les expériences de la pratique américaine en matière de groupes de sociétés – apparaît extrêmement opportun. Outre en effet la diminution considérable des frais, il permet que l'information soit centralisée, «consolidée» et donc accessible dans sa globalité aux différentes personnes intéressées (juge, trustee, créanciers externes), seul moyen de pouvoir déterminer s'il y a eu ou non des transferts intra-groupe et dans quelle mesure ces derniers étaient injustifiés et donc révocables. Ainsi, si sur un plan purement théorique la «rule 1014 (b)» n'a en principe aucun effet sur le droit matériel, elle peut avoir en pratique des retombées considérables sur le résultat de la liquidation des différents membres du groupe concerné.

Le récent arrêt *Overmyer Telecasting Co., Inc.*, rendu en 1982 par la cour (fédérale) de faillite de l'Ohio, illustre bien l'importance déterminante que peut avoir le fait de confier l'examen rétrospectif des transferts intra-groupe à un juge unique plutôt qu'à une multitude de juges et de fors au gré des sièges des différents membres du groupe. Il s'agissait en l'occurrence d'un groupe composé d'environ cent sociétés, toutes contrôlées de manière plus ou moins directe par la même personne physique (*Overmyer*) et gérées par celle-ci en application du «principe du siphon» ⁽⁵⁵⁴⁾. La découverte et la démonstration des nombreux transferts opérés au sein du groupe auraient été en pratique impossible en l'absence d'une vue d'ensemble des tenants et des aboutissants de chaque opération, c'est-à-dire d'une vue

⁽⁵⁵³⁾ Reproduit en Annexe B.

⁽⁵⁵⁴⁾ Pour une description générale du «principe du siphon», voir supra, pp. 54ss. Le tribunal de faillite déclare en effet, par exemple: «The service agreements with Hadur are bank-dated fabrications and, like the service agreements made directly with Telecasting, were engineered by Mr. Overmyer to siphon and fraudulently transfer, for his personal use, enormous sums of money from Telecasting for grossly unfair consideration.» (In re *Dr H. Overmyer Telecasting Co. Inc.*, Bankruptcy, 23 B.R. 323 (1982), p. 823ss, 918).

consolidée du groupe par un juge unique à un for unique. Overmyer était d'ailleurs parfaitement conscient de cette difficulté et en profita largement, comme le relève le tribunal:

«Mr. Overmyer also manipulated the judicial system to prevent FNBB from discovering his fraudulent transactions and to wrongfully deprive FNBB of its valid claims. Mr. Overmyer's pursuit of this scheme has involved (...) and (4) to take advantage of the delay and confusion engendered by the existence of multiple forums, pitting one court against another, thereby permitting Mr. Overmyer to siphon funds from Telecasting and to fraudulently convey his own and any other assets FNBB might reach to satisfy its claims.» ⁽⁵⁵⁵⁾

En définitive, un juge unique fut déclaré compétent pour examiner tous les innombrables transferts intervenus entre les nombreuses sociétés du groupe et tenter de reconstruire les patrimoines propres de chacune de celles-ci. A cette fin, les procédures déjà pendantes devant d'autres tribunaux furent toutes transférées au tribunal de faillite de l'Ohio. Ce dernier, après un examen extrêmement approfondi, rendit un jugement exemplaire de plus de cent pages dans lequel, **en appliquant essentiellement l'action révocatoire, il rétablit les patrimoines des sociétés et personnes physiques internes au «groupe Overmyer» tels qu'ils auraient été à défaut de transferts révocables.** Notons que pour ce faire le juge est amené à démontrer la réalisation des conditions d'application de l'action révocatoire **pour chaque transfert pris individuellement.** Il en résulte un jugement fleuve et un travail de titan qui illustre une des **limites importantes** de l'action paulienne face à la multitude des transferts qui interviennent souvent au sein des groupes. Nous reviendrons plus en détail sur cette question à l'occasion de notre examen des moyens de dépasser les limites de l'action révocatoire ^(555.1).

6. Administration jointe et administrateur unique

La règle 1015 (b) des «Bankruptcy Rules» de 1983 permet quant à elle au juge de la faillite d'ordonner **l'administration jointe** de la faillite de plusieurs sociétés appartenant au même groupe, lorsque les procédures sont ouvertes au même for.

⁽⁵⁵⁵⁾ Ibidem, p. 922.

^(555.1) Voir infra, pp. 203ss.

Sous le titre «Consolidation or joint administration of cases pending in same court (...) (b). Cases Involving two or more related debtors»⁽⁵⁵⁶⁾, cette disposition déclare en effet:

«If a joint petition or two or more petitions are pending in the same court by or against ... (4) a debtor or an affiliate, the court may order a joint administration of the estates. Prior to entering an order the court shall give consideration to protecting creditors of different estates against potential conflicts of interest.»

La règle 1015(b) est complétée par la règle 2009 (a) des «Bankruptcy Rules» de 1983 qui permet, dans l'hypothèse de l'administration jointe et sur demande des créanciers, de ne nommer qu'un **seul trustee** pour l'ensemble des sociétés liées faillies:

«(a) Election of Single Trustee for Estates Being Jointly Administred.

If the court orders a joint administration of two or more estates pursuant to Rule 1015 (b) creditors may elect a single trustee for the estates being jointly administred.»⁽⁵⁵⁷⁾

⁽⁵⁵⁶⁾ «Rule 1015 Consolidation or Joint Administration of Cases Pending in Same Court. (a) Cases Involving Same debtor. If two or more petitions are pending in the same court by or against the same debtor, the court may order consolidation of the cases. (b) Cases Involving Two or more Related Debtors. If a joint petition or two or more petitions are pending in the same court by or against (1) a husband and wife, or (2) or partnership and one or more of its general partners, or (3) two or more general partners, or (4) a debtor and an affiliate, the court may order a joint administration of the estates. Prior to entering an order the court shall give consideration to protecting creditors of different estates against potential conflicts of interest. (c) Expediting and Protective Orders. When an order for consolidation or joint administration of a joint case or two or more cases is entered pursuant to this rule, while protecting the rights of the parties under the Code, the court may enter orders as may tend to avoid unnecessary costs and delay.»

⁽⁵⁵⁷⁾ «Rule 2009 Trustees for Estates When Joint Administration Ordered. (a) Election of Single Trustee for Estates Being Jointly Administered. If the court orders a joint administration of two or more estates pursuant to Rule 1015(b), creditors may elect a single trustee for the estates being jointly administered. (b) Right of Creditors to Elect Separate Trustee. Notwithstanding entry of an order for joint administration pursuant to Rule 1015(b), the creditors of any debtor may elect a separate trustee for the estate of the debtor as provided in § 702 of the Code. (c) Appointment of Trustees for Estates Being Jointly Administered. (1) Chapter 7 liquidation Cases. The court may appoint one or more interim trustees for estates being jointly administered in chapter 7 cases. (2) Chapter 11 Reorganization Cases. If a trustee is ordered, the court may appoint one or more trustees for estates being jointly administered in chapter 11 cases. (3) Chapter 13 Individual's Debt Adjustment Cases. The court may appoint one or more

A noter que la règle 2009 (d) prévoit judicieusement que des administrateurs distincts doivent être nommés pour chaque membre du groupe lorsqu'il existe entre ceux-ci des conflits d'intérêts, même potentiels ⁽⁵⁵⁸⁾.

Ainsi, en matière de faillite de sociétés de groupes, le droit fédéral américain permet au juge, cumulativement, d'ordonner un for unique, l'administration jointe des masses et de nommer pour ce faire un administrateur unique. Sans aller jusqu'à la consolidation matérielle ⁽⁵⁵⁹⁾, ces différentes règles tiennent compte de ce que le groupe est une entité de fait et instaurent, partant, ce que l'on pourrait appeler une **consolidation de la procédure de liquidation forcée**. Cette solution peut, à nos yeux, contribuer en pratique considérablement à l'efficacité des procédures révocatoires entre sociétés de groupe, comme le démontre l'arrêt Overmyer que nous venons de commenter ⁽⁵⁶⁰⁾.

trustees for estates being jointly administered in chapter 13 cases. (d) Potential Conflicts of Interest. On a showing that creditors or equity security holders of the different estates will be prejudiced by conflicts of interest of a common trustee, the court shall order separate trustees for estates being jointly administered. (e) Trustees for Partnership and Partners' Individual Estates. Notwithstanding the foregoing provisions of this rule, the trustee of a partnership estate shall also be the trustee of the individual estate of any general partner if the estates are being jointly administered unless the court, for cause shown, either (1) permits the creditors of a general partner to elect a separate trustee or (2) appoints a separate trustee for the individual estate. (f) Separate Accounts. The trustee or trustees of estates being jointly administered shall keep separate accounts of the property and distribution of each estate.»

⁽⁵⁵⁸⁾ «Rule 2009. (d) Potential Conflicts of Interest. On showing that creditors or equity security holders of the different estates will be prejudiced by conflicts of interest of a common trustee, the court shall order separate trustees for estates being jointly administered». Pour le texte intégral de la Rule 2009, voir supra, note (557).

⁽⁵⁵⁹⁾ Pour bien montrer d'ailleurs qu'elles ne visent pas une consolidation matérielle des patrimoines en faillite, les Bankruptcy Rules précisent [Rule 2009 (f)] que des comptes séparés doivent être tenus pour chacune des différentes masses: «Separate Accounts. The trustee or trustees of estates being jointly administered shall keep separate accounts of the property and distribution of each estate».

⁽⁵⁶⁰⁾ In re D.H. Overmyer Telecasting Co., Inc., Bankruptcy. 23 B.R. 823 (1982), p. 823ss, voir supra, pp. 188/189.

L'administration jointe – et donc la mise en commun de toutes les informations concernant le groupe – fait ainsi disparaître ce qui nous est apparu comme constituant l'obstacle majeur à l'action révocatoire entre membres du groupe: le problème de l'information et son corollaire, celui de la preuve. La consolidation de l'information permet en effet au trustee de voir plus clair dans la mécanique des transferts intra-groupe, lui donnant de ce fait les éléments nécessaires pour reconstituer les patrimoines respectifs des différents membres du groupe tels qu'ils auraient été en l'absence desdits transferts. On voit d'emblée une conséquence dérivée importante de cette plus grande transparence: l'action en justice devient alors en pratique souvent inutile dans les cas de transferts manifestement illicites ou injustifiés. Le trustee procédera en effet alors de lui-même (moyennant si nécessaire l'accord des créanciers) à un rétablissement du niveau des patrimoines respectifs, sans avoir à tenter de longues et coûteuses procédures révocatoires.

7. Prescription

En principe chacun des cas de révocation énonce ses propres limitations temporelles. C'est ce qui contribue d'ailleurs largement à leur diversité et à leur complémentarité⁽⁵⁶¹⁾. Cela étant, les actions fondées sur les sections 544 à 548 BRA sont toutes soumises aux délais de péremption alternatifs énoncés par le § 546 (a) BRA:

«An action or proceeding under section 544, 545, 547, 548, or 553 of this title may not be commenced after the earlier of (1) two years after the appointment of a trustee under section 702, 1104, 1163, or 1302 of this title; and (2) the time the case is closed or dismissed.»

et le § 550(e) BRA:

«An action or proceeding under this section may not be commenced after the earlier of (1) one year after the avoidance of the transfer on account of which recovery under this section is sought; (2) the time the case is closed or dismissed.»

Le dies a quo du délai dépend donc en général de la nomination de l'administrateur de la faillite et non de la commission de l'acte révocable, ce qui est évidemment opportun.

⁽⁵⁶¹⁾ Ainsi: - le § 544 (b) BRA est-il limité par les règles de prescription étatiques auxquelles il renvoie [3 à 5 ans pour l'UFCA en Californie par exemple (voir à ce propos supra, pp. 154s.)]; - le § 547 (b) (4) (A) BRA ne concerne-t-il que les actes effectués « within 90 days before the date of the filing of the petition [(voir aussi § 547 (b) (4) (8)]; - le § 548 BRA permet-il de révoquer les actes accomplis «... within one year before the date of the filing of the petition...».

§ 3. Les cas de révocation

a. § 544 (a) BRA

La section 544 (a) du BRA n'instaure pas à proprement parler un cas de révocation. Son but est de faire échec à certains actes juridiques qui sont venus grever le patrimoine du débiteur à l'insu de ses créanciers. Pour ce faire, elle rend inopposable au trustee tous les actes accomplis par le débiteur en faveur de tiers avant la faillite, dans la mesure où ceux-ci ne seraient pas opposables à un acquéreur de bonne foi ⁽⁵⁶²⁾. Mais surtout, elle donne automatiquement au trustee – c'est-à-dire à la masse – un rang privilégié par rapport aux créanciers qui ont obtenu des garanties réelles de la part du débiteur, mais qui ne les ont pas encore fait inscrire au registre foncier (ce qui n'empêche pas le transfert du droit réel en droit américain). C'est pourquoi le § 544 (a) BRA est appelé la «**strong arm clause**» ⁽⁵⁶³⁾. Compte tenu des particularités du droit américain, la portée pratique de cette disposition est très importante ⁽⁵⁶⁴⁾.

⁽⁵⁶²⁾ Pour plus de détails, voir COLLIER, op. cit. note (384), pp. 546-4.1ss.

⁽⁵⁶³⁾ COLLIER, op. cit. note (384), vol. 4, p. 544-2.

⁽⁵⁶⁴⁾ Cette disposition peut sembler moins importante en Suisse, mais elle est d'une portée considérable dans des Etats comme la Californie où les droits réels immobiliers peuvent valablement passer aux tiers avant même d'avoir été inscrits au registre public. Voir RIESENFELD Stefan A., *Creditors' Remedies*, op. cit. note (366), pp. 622ss, et pour un exemple *Mc Cannon v. Marston*, 677 F.2d 13 (1982).

b. § 547 BRA

aa . Ratio legis

La section 547 BRA, intitulée «Preferences» est une codification du principe de la «période suspecte» connu dans plusieurs pays européens ⁽⁵⁶⁵⁾. Cette importante disposition ⁽⁵⁶⁶⁾ permet au trustee de révoquer tous les transferts de patrimoine accomplis dans les 90 jours qui précèdent la demande de faillite, indépendamment de l'intention du débiteur et/ou du bénéficiaire. C'est d'ailleurs pourquoi le § 547 BRA ne comprend pas de condition d'application subjective.

Le but premier du § 547 BRA est de faire prévaloir le principe fondamental de l'égalité des créanciers non seulement à partir de la date – souvent aléatoire ⁽⁵⁶⁷⁾ – de l'ouverture de la faillite, mais rétroactivement, pendant une «période suspecte» fixée (arbitrairement) aux 90 jours qui précèdent l'introduction de la demande de la faillite ⁽⁵⁶⁸⁾. L'effet médiat de cette règle est le découragement du phénomène classique de la «course aux créanciers» qui précède souvent la déconfiture d'un débiteur en difficulté ⁽⁵⁶⁹⁾.

⁽⁵⁶⁵⁾ Il se distingue nettement du cas de révocation de l'article 287 LP qui ne permet précisément pas de révoquer le paiement d'une dette exigible en valeurs usuelles par un débiteur surendetté. En revanche, le cas de révocation du § 547 BRA est partiellement couvert par celui de l'article 288 LP. Les champs d'application respectifs de ces deux dispositions se recoupent en effet dans l'hypothèse où un débiteur surendetté paie la créance exigible d'un de ses créanciers, si les deux parties sont conscientes que ce faisant elles portent préjudice aux autres créanciers du débiteur. L'Allemagne connaît en revanche une disposition analogue. Il s'agit du cas de révocation de l'article 30 KO, intitulé «Konkursanfechtung», mais également et plus justement appelé par la doctrine «Ueberschuldungspauliana». Les actes suivants sont inopposables à la masse s'ils ont été accomplis pendant la «période suspecte» (art. 30 al. 1 KO): (1) les actes préjudiciables à la masse et (2) tout paiement [même à la suite d'une procédure d'exécution forcée (art. 35 KO)], de même que toute constitution de garantie (même en exécution d'une obligation de garantie préexistante). La période de révocabilité est limitée à 6 mois (art. 33 KO). Le système allemand est donc en définitive similaire au système américain des «préférences annulables». Pour les pays de la CEE en général, voir GANSHOF Louis F., *Le droit de la faillite dans les Etats de la CEE*, Bruxelles, 1969, pp. 67ss.; HEENEN J., *Les Nullités de la période suspecte dans les pays de la CEE*. Liber Amicorum Baron Louis Frédéricq, Gand, 1965.

⁽⁵⁶⁶⁾ L'importance du § 547 BRA a été relevée par HANISCH: «Dies ist praktikables, vereinfachtes, objektiviertes und von historischem Ballast befreites Anfechtungsrecht, das für den Verwalter zugunsten der Gläubigergemeinschaft mehr als eine stumpfe Waffe ist». HANISCH Hans, *Insolvenzrechtsvergleichung*, Ius Inter Nationes, Festschrift für Stefan Riesenfeld, pp. 53ss, 63.

⁽⁵⁶⁷⁾ En effet, ainsi que nous l'avons relevé précédemment (supra, pp. 58ss), la faillite intervient idéalement dès le moment où le débiteur devient surendetté. Mais en pratique la faillite (état de faillite formel) est en général prononcée bien après le début du surendettement effectif du débiteur (état de faillite matériel). En tant que tel, ce cas de révocation est inconnu en droit suisse.

⁽⁵⁶⁸⁾ COLLIER, op. cit. note (384), vol. 4, pp. 547-14 et 547-16.3.

⁽⁵⁶⁹⁾ Voir COLLIER, op. cit. note (384), vol. 4, p. 547-16.3 et les travaux législatifs cités.

Dans le cas des groupes de sociétés le phénomène de «la course aux créanciers» prend la forme de la favoritisation par la direction unique des créanciers internes par rapport aux créanciers externes. Il est fréquent en effet que durant la période qui précède la faillite du débiteur, alors que celle-ci est certaine ou même seulement pressentie, la direction unique du groupe «préfère» les créanciers internes par rapport aux créanciers externes. Elle cherche en d'autres termes à désintéresser (ou à garantir) en priorité ceux des créanciers du débiteur qui sont membres du groupe par rapport à ceux qui ne le sont pas. Ce faisant, les créanciers externes du débiteur sont à plusieurs égards désavantagés. Non seulement la direction unique possède en effet le pouvoir de fait de préférer et donc de favoriser les créanciers internes, mais en plus elle dispose d'une connaissance privilégiée de la situation financière du débiteur. Cela lui permet d'organiser la favoritisation des créanciers internes à un moment où les créanciers externes ignorent encore souvent totalement les difficultés du débiteur. Conformément à une philosophie qui est chère à l'ordre juridique américain (voir l'«insider trading»), ce cas d'action révocatoire apparaît donc ici comme un moyen de lutter contre les avantages qui peuvent résulter pour les internes de la détention d'informations privilégiées («insider information») ⁽⁵⁷⁰⁾:

«The evil to be obviated by that section was the giving of a preference by an insolvent corporation to its officers, directors and stockholders who should become aware of the insolvency before that fact could become known to the general public. It was feared that in such a case they would be likely to devote the property of the corporation to the payment of their own debts and thereby leave nothing for the other creditors who did not know of its condition.»⁽⁵⁷¹⁾

Ainsi que nous allons le voir (infra, 3.2. pp. 197 à 199), le législateur américain a d'ailleurs tenu compte de la connaissance privilégiée de la situation financière du débiteur dont disposent les «insiders» et donc la direction unique, en portant la période de révocation de nonante jours à **un an** si le bénéficiaire de l'acte révocable est un créancier interne.

bb. Conditions d'application

Les conditions d'application du § 547 BRA peuvent être ramenées à trois ⁽⁵⁷²⁾.

⁽⁵⁷⁰⁾ Pour un exemple d'application du § 547 BRA à des transferts intervenus dans un groupe de sociétés, voir *In re Colandrea, Bankruptcy*, 17 B.R. 568 (1982), p. 583.

⁽⁵⁷¹⁾ *Munziger v. United Press*, 65 N.Y.S. 194, p. 197, cité par *Southern Industries, Inc. v. Jeremias*, 411 N.Y.S.2d 945 (1978), p. 949.

⁽⁵⁷²⁾ Comme le suggère d'ailleurs sa rédaction, le § 547 BRA peut être en réalité décomposé en un plus grand nombre de conditions d'application. Ainsi les travaux législatifs cités par COLLIER en distinguent-ils 5 et COLLIER en distingue-t-il 6. COLLIER, op. cit. note (384), vol. 4, pp. 547.10, 547-28ss.

Une condition relative au débiteur: le surendettement (infra, 1.); une condition relative au créancier-bénéficiaire: le paiement d'une créance préexistente lui conférant un avantage qu'il n'aurait pas réalisé dans la faillite (infra, 2.); une condition temporelle (infra, 3.). Nous n'entendons donner ici qu'un aperçu de cette disposition, aussi n'aborderons-nous pas le détail des nombreuses exceptions à son application énumérées par le § 547 (c) BRA ⁽⁵⁷³⁾.

1. Le surendettement du débiteur

Conformément à la condition posée par le § 547 (b) (3) BRA, le débiteur doit être «insolvent» au moment de l'acte révocable. «Insolvent» est défini par le § 101 (26) BRA ⁽⁵⁷⁴⁾ et signifie ici sans aucun doute «surendetté» ⁽⁵⁷⁵⁾.

Conscient de la difficulté de preuve que représente pour le demandeur la démonstration du surendettement du débiteur, le législateur américain a choisi d'en présumer la réalisation. Le § 547 (f) présume en effet que le débiteur était surendetté pendant les 90 jours qui ont précédé le dépôt de la demande de faillite et renverse donc judicieusement le fardeau de la preuve à cet égard:

«§ 547 (f) For the purposes of this section, the debtor is presumed to have been insolvent on and during the 90 days immediately preceding the date of the filing of the petition.»

Il s'agit bien entendu d'une présomption réfragable. La preuve du contraire est donc toujours possible.

2. Préférence d'un créancier

Le créancier doit être titulaire d'une créance préexistente et le débiteur doit avoir payé cette créance en transférant audit créancier une partie de son patrimoine (§ 547 (b) BRA). Ainsi que nous avons déjà eu l'occasion de le relever, le terme «transfer» est défini de manière extrêmement large par le § 101 (41) BRA ⁽⁵⁷⁶⁾. Il appréhende toute forme de transfert, direct ou indirect ⁽⁵⁷⁷⁾, accompli par diminution de l'actif du

⁽⁵⁷³⁾ Pour plus de détails, voir COLLIER, op. cit. note (384), vol. 4, pp. 547-117 à 547-130.

⁽⁵⁷⁴⁾ Reproduit en Annexe B.

⁽⁵⁷⁵⁾ Voir COLLIER, op. cit. note (384), vol. 4, p. 547.99s. Pour la distinction entre insolvabilité et surendettement, voir supra, pp. 58ss.

⁽⁵⁷⁶⁾ «§ 101 (41) «Transfer» means every mode, direct or indirect, absolute or conditional, voluntary or involuntary, of disposing of or parting with property or with an interest in property, including retention of title as a security interest.» Voir à ce propos COLLIER, op. cit. note (384), vol. 4, pp. 547-28ss.

⁽⁵⁷⁷⁾ A propos des transferts indirects et pour de nombreux exemples, voir COLLIER, op. cit. note (384), vol. 4, pp. 547-33ss.

débiteur ou par augmentation de son passif, volontairement ou involontairement⁽⁵⁷⁸⁾. Enfin, ce transfert doit avoir permis au créancier-bénéficiaire de recevoir plus que ce qu'il aurait reçu s'il avait normalement produit dans la faillite (§ 547 (b) (5) BRA).

3. Condition temporelle

3.1. En général

Le principe de l'égalité des créanciers que poursuit la section 547 du BRA est en conflit avec le principe non moins important de la sécurité du droit et des transactions. Son application illimitée dans le temps constituerait en effet une menace permanente pour les créanciers de devoir postérieurement rembourser les paiements qu'ils ont reçus d'un débiteur successivement déclaré en faillite. Pour limiter cette incertitude, les rédacteurs du BRA ont choisi de réduire le champ d'application du § 547 BRA aux transferts effectués par le débiteur dans les 90 jours qui précèdent le dépôt de la demande de faillite (§ 547 (b) (4) (A) BRA)⁽⁵⁷⁹⁾. L'on notera que ce délai rétroactif correspond à la période pendant laquelle le surendettement est présumé (§ 547 (f) BRA).

3.2. Le cas particulier de l'«insider»

En vertu du § 547 (b) (4) (B) BRA, **la période de révocation ordinaire de 90 jours est portée à un an si le bénéficiaire est un «insider»** et si ce dernier devait raisonnablement penser que le débiteur était surendetté.

Cette disposition spéciale vient sanctionner le fait que, comme nous l'avons déjà relevé, les créanciers internes du débiteur ont une connaissance accrue et privilégiée de la situation financière de ce dernier et qu'ils sont souvent – par l'intermédiaire de la direction unique du groupe – favorisés au détriment des créanciers externes. C'est là une réalité dont nous avons déjà tiré les conséquences de lege lata en droit suisse⁽⁵⁸⁰⁾. Cette réalité, dont le § 547 (5) (4) (B) BRA ne fait que sanctionner l'un des aspects, a été reconnue de longue date¹ par la jurisprudence américaine. Comme

⁽⁵⁷⁸⁾ Voir à propos des transferts involontaires, COLLIER, op. cit. note (384), vol. 4, pp. 547-37 et 547-38: «The Code contains this result by clearly including involuntary dispositions of property within the definition of «transfer». Thus, the fixing of judicial liens within the preference period will be avoidable if all of the other elements of a preference are present». Pour un exemple, voir *In re Colandrea*, 17 B.R. 568 (1982), p. 583 nos 14-15.

⁽⁵⁷⁹⁾ Voir à ce propos COLLIER, op. cit. note (384), vol. 4, p. 547-107ss.

⁽⁵⁸⁰⁾ Voir supra, pp. 77ss, 90ss, 96s, 116ss.

nous l'avons déjà vu, c'est en effet un principe général du droit américain que de soumettre les actes accomplis par le cercle des «insiders» du débiteur «to a closer scrutiny than those dealing at arms length with the debtor.»⁽⁵⁸¹⁾

Le terme «insider» est défini de façon presque casuistique par le § 101 (25) BRA⁽⁵⁸²⁾. Cette définition est très large et appréhende toutes les composantes des groupes de sociétés au sens large (sociétés mères, filles, soeurs; leurs administrateurs et directeurs, les personnes qui contrôlent le débiteur, donc la direction unique du groupe, etc.):

§ 101 (25) «insider» includes

(A) (...)

(B) if the debtor is a corporation –

(i) director of the debtor;

(ii) officer of the debtor;

(iii) person in control of the debtor;

(iv) partnership in which the debtor is a general partner;

(v) general partner of the debtor;

(vi) relative of a general partner, director, officer, or person in control of the debtor ;

(C) (...)

(D) (...)

(E) affiliate, or insider of an affiliate⁽⁵⁸³⁾ as if such affiliate were the debtor; and

(F) managing agent of the debtor.»

«Insider» peut être traduit en français par «interne». La définition du § 101 (25) BRA coïncide d'ailleurs avec celle que nous avons retenue pour circonscrire le concept d'interne dans le cadre de ce travail⁽⁵⁸⁴⁾. Il est intéressant de relever à ce propos que, comme nous l'avons nous-même proposé⁽⁵⁸⁵⁾, une fois défini le concept d'«interne» **il n'est plus nécessaire de définir le groupe en tant que tel de manière rigide**. De fait, une telle définition n'existe pas en droit américain.

⁽⁵⁸¹⁾ COLLIER, op. cit. note (384), vol. 4, p. 547-110 note 2 et les références aux travaux législatifs citées. Le BRA codifie ici un principe développé par la jurisprudence américaine à l'égard des transactions «conclues» entre sociétés liées, principe que nous avons déjà évoqué supra, pp. 118ss, en particulier p. 119 et note (309).

⁽⁵⁸²⁾ Reproduit en Annexe B. Pour une autre tentative de définition du terme «interne» en droit américain des sociétés, voir plus récemment le § I. 26 du projet de l'American Law Institute (ALI) du 1er avril 1982, intitulé «Principles of Corporate Governance and Structure: Restatement and Recommendation».

⁽⁵⁸³⁾ Le terme «affiliate» est défini par le § 101 (2) BRA, reproduit en Annexe B.

⁽⁵⁸⁴⁾ Pour notre définition du terme «interne» voir supra. pp. 43ss.

⁽⁵⁸⁵⁾ Voir supra, pp. 35ss.

Pour que le champ d'application temporel du § 547 BRA soit porté de 90 jours à un an, il ne suffit pas que le créancier-bénéficiaire soit un interne. Il faut encore que ce dernier ait raisonnablement pensé que le débiteur était surendetté au moment du transfert (§ 547 (b) (4) (B) (ii) BRA) . Cette exigence légale supplémentaire est ambiguë. En effet, elle semble ajouter un élément subjectif difficile à démontrer aux conditions d'application de cette disposition qui se veut à dessein purement objective. Sa démonstration est toutefois largement facilitée par le fait que les tribunaux américains présument en principe qu'un interne connaît l'éventuel surendettement du débiteur ⁽⁵⁸⁶⁾. Les tribunaux n'exigent pas en conséquence la démonstration positive de la connaissance du surendettement du débiteur, mais recourent au système des indices de fait, selon une pratique qui rappelle celle des «badges of fraud» ⁽⁵⁸⁷⁾.

c. § 548 BRA

aa. Reprise de l'UFCA

D'une manière générale le § 548 reprend les dispositions de l'UFCA. Hormis, en effet, quelques modifications rédactionnelles et quelques adaptations mineures dues à la perspective particulière du BRA, on peut dire que cette disposition retranscrit presque textuellement les différents cas de révocation de la loi uniforme étatique⁽⁵⁸⁸⁾. Ainsi, par exemple, le cas de révocation énoncé par la section 5 de l'UFCA (révocation en cas de sous-capitalisation) est-il paraphrasé par le § 548 (a) (2) (B) (ii) BRA:

Section 5 UFCA:

«Conveyances by Persons in Business.

Every conveyance made without fair consideration when the person making it is engaged or is about to engage in a business or transaction for which the property remaining in his hands after the conveyance is an unreasonably small capital, is fraudulent as to creditors and as to other persons who become creditors during the continuance of such business or transaction without regard to his actual intent.»

⁽⁵⁸⁶⁾ Dans ce sens, COLLIER; op. cit. note (384), vol. 4, p. 547-112.

⁽⁵⁸⁷⁾ Voir COLLIER, op. cit. note (384), vol. 4, p. 547-112 et les références citées. Voir à propos du système jurisprudentiel des «badges of fraud» en matière de «fraudulent conveyances» supra, pp. 161ss, 177ss, 178.

⁽⁵⁸⁸⁾ Voir dans ce sens notamment RIESENFELD Stefan A., Creditors' Remedies, op. cit. note (366), p. 635 note 1:«... Like its predecessor, § 67 d of the Act of 1898, 11 U.S.C.A. § 548 is modelled after the Uniform Fraudulent Conveyance Act...».

§ 548 (a) (2) (B) (ii) BRA:

«(a) The trustee may avoid any transfer of an interest of the debtor in property, or any obligation incurred by the debtor, that was made or incurred on or within one year before the date of the filing of the petition, if the debtor ... (2) (A) received less than a reasonably equivalent value in exchange for such transfer or obligation; and... (ii) was engaged in business, or was about to engage in business or a transaction, for which any property remaining with the debtor was an unreasonably small capital; ...»⁽⁵⁸⁹⁾

Cette quasi-intégration des normes substantielles de l'UFCA dans le BRA est bien entendu délibérée. Elle s'explique par le fait que les rédacteurs du BRA ont estimé que l'UFCA constituait la meilleure expression possible des règles américaines sur l'action révocatoire. Elle procède également d'un souci d'uniformité au sein de l'ordre juridique américain⁽⁵⁹⁰⁾.

L'une des conséquences de cette uniformité est d'ailleurs une certaine osmose entre la jurisprudence étatique, fondée sur l'UFCA, et la jurisprudence fédérale, basée sur le § 548 du BRA. Il n'est pas rare en effet que les tribunaux fédéraux citent des précédents étatiques et inversement⁽⁵⁹¹⁾.

Cette identité légale et jurisprudentielle nous permet de renvoyer in extenso aux développements que nous avons consacrés aux cas de révocation de l'UFCA⁽⁵⁹²⁾. Nous traiterons ici seulement de la condition temporelle spécifique prévue par le § 548 (a) BRA.

bb. Péremption de l'action

Le § 548 BRA prévoit un délai d'un an pour tous les cas de révocation qu'il énonce. Ce délai court rétroactivement à partir du dépôt de la demande de faillite devant les tribunaux fédéraux. Tous les actes juridiques accomplis par le débiteur durant cette période sont susceptibles d'être révoqués. Le délai est en principe non-interruptible, mais sa relative brièveté est atténuée par la règle du § 548 (d) (1) qui détermine le moment où un acte doit être considéré comme accompli. En pratique,

⁽⁵⁸⁹⁾ De même, le § 548 (a) (1) BRA est-il calqué sur la section 7 de l'UFCA (révocation en cas de fraude) ; le § 548 (a) (2) (B) (i) BRA est-il calqué sur la section 4 de l'UFCA [révocation en cas de surendettement (pour la définition d'«insolvent» au sens du BRA, voir §101 (26) BRA reproduit en Annexe B)]; le § 548 (a) (2) (B) (iii) est-il calqué sur la section 6 de l'UFCA (révocation en cas d'insolvabilité), etc.

⁽⁵⁹⁰⁾ Voir dans ce sens COLLIER, op. cit. note (384), vol. 4, p. 548-15.

⁽⁵⁹¹⁾ Voir ainsi *United States v. Gleneagles Inv. Co. Inc.*, 565 F.Supp. 556 (1983), pp. 578 et 580 n° 23.

⁽⁵⁹²⁾ Voir supra, pp. 149ss et, pour la correspondance des normes, supra, note (589). Pour des exemples d'application du § 548 BRA à des transferts intervenant au sein de groupes de sociétés, voir *In re Colandrea, Bankruptcy*, 17 B.R. 568 (1982), p. 581 et *In re Harry Kaiser Associates, Inc., Bankruptcy*, 14 B.R. 107 (1981), p. 109.

cette disposition peut avoir pour effet de prolonger considérablement le champ d'application temporel du § 548 BRA ⁽⁵⁹³⁾.

d. § 544 (b) BRA

Le § 544 (b) BRA est un cas de subrogation légale. Cette disposition permet en effet au trustee d'exercer toutes les actions révocatoires (lato sensu) qu'aurait pu intenter un créancier chirographaire du débiteur en l'absence de faillite, c'est-à-dire en vertu du droit étatique ⁽⁵⁹⁴⁾.

L'action profite à tous les créanciers à concurrence de leur désintéressement total, même dans le cas où elle n'aurait hypothétiquement été ouverte qu'à un seul d'entre eux à concurrence de sa créance propre ⁽⁵⁹⁵⁾. Le § 544 (b) BRA a ainsi été récemment appliqué dans une espèce où le trustee cherchait à obtenir l'annulation de transferts de biens intervenus à titre gratuit entre membres d'un même groupe (de la société faillie à ses actionnaires-contrôlaires et à une société sœur):

«This subsection gives the trustee the right to challenge on behalf of the estate any transfer voidable under state law if there is at least one creditor of the estate who had standing under state law to challenge the transfer. 4 Collier on Bankruptcy (15th ed.) 544. 03 (l).» ⁽⁵⁹⁶⁾

⁽⁵⁹³⁾ COLLIER, op. cit. note (384), vol. 4, p. 548-23: «As a consequence a transfer may in fact have been made at a time more than a year prior to bankruptcy and yet be within the one-year provision of section 548 (a)» (références omises).

⁽⁵⁹⁴⁾ COLLIER, op. cit. note (384), vol. 4, p. 544-3.

⁽⁵⁹⁵⁾ Le § 544 (b) BRA est à cet égard une codification de la règle posée par le célèbre - et longtemps controversé - arrêt Moore v. Bay, 284 U.S. 4 (1931). Voir à ce propos RIESENFELD Stefan A., Creditors' Remedies, op. cit. note (366), p. 638; COLLIER, op. cit. note (384), vol. 4, pp. 544-17 et 544-18. Pour une discussion de cette règle, de sa portée et des doutes qui subsistent encore quant à son interprétation à la suite de sa codification par le § 544 (b) BRA, voir JENNINGS/BUXBAUM, op. cit. note (479), p. 972 note 2, qui cite COLLIER, On Bankruptcy, § 70.95, art. 1103-1106 (14th ed. 1978) : «To what extent may the trustee secure the property or its value? May he recover in toto, or is he limited by the measure of the claim belonging to the creditor whose rights of avoidance have been invoked? *** As we pointed out in a previous discussion the trustee's powers of avoidance are dependent entirely upon the creditor's rights; (the Bankruptcy Act) creates no independent power in the trustee. From this proposition, therefore, it could be argued that (1) the extent of the trustee's recovery is also limited by the creditor's rights therein; (2) distribution of the recovery should go only to the creditor or creditors whose rights are thus invoked. *** «Prior to the decision of Moore v. Bay *** it was thought in some quarters that the trustee should administer the recovery only to and for the benefit of the creditor or creditors whose rights of avoidance were invoked. *** The Bay case, however, effectively refuted such an idea. ***» et Senate Report (Judiciary Committee) No 95-989, July 14, 1978, «Bankruptcy Reform Act of 1978», p. 85: «[Section 544(b)] is derived from current section 70^e. It gives the trustee the rights of actual unsecured creditors under applicable law to void transfers. It follows Moore v. Bay *** and overrules those cases that hold section 70^e gives the trustee the rights of [only?] secured creditors.»

⁽⁵⁹⁶⁾ In re Harry Kaiser Associates, Inc., 14 B.R. 107 (1981), p. 109. Plus loin dans le même arrêt, le juge relève: «The transfers were from a corporation to the stockholders who controlled the corporation and to another corporation owned and controlled by the same individuals, a husband and wife».

En pratique cette disposition a pour conséquence d'intégrer au BRA tous les cas de révocation étatiques que nous avons examinés précédemment ⁽⁵⁹⁷⁾. Les cas de révocation étatiques sont, rappelons-le, énoncés par l'UFCA, mais aussi par le «Bulk Transfer Act» et par les règles sur l'annulation des dividendes.

S'agissant d'une subrogation, le trustee ne dispose ni plus ni moins des droits du créancier qu'il subroge. Toutes les limitations tant matérielles que temporelles ou procédurales découlant des règles étatiques dont le trustee se prévaut lui seront ainsi opposables, sans oublier certaines limitations générales du BRA, en particulier celles des §§ 546 et 550 BRA.

La règle de la section 544 (b) du BRA est d'une grande importance pratique. Elle étend en effet considérablement le nombre des actes susceptibles d'être révoqués par le trustee. Cette extension est d'abord **temporelle** car, on l'a vu ⁽⁵⁹⁸⁾, à la différence de l'action fondée sur le § 548 BRA, l'action révocatoire étatique n'est pas limitée aux actes accomplis un an avant la faillite, mais peut étendre ses effets à des transferts effectués trois ans – voire plus selon les Etats – avant celle-ci ⁽⁵⁹⁹⁾. Elle est aussi **matérielle**, puisque le «Bulk Sales Act» ou les dispositions du droit des sociétés relatives à la distribution de dividendes, par exemple, permettent de révoquer des actes qui ne seraient pas révocables en vertu des dispositions du BRA proprement dit ⁽⁶⁰⁰⁾.

Cela étant, le § 544 (b) BRA a essentiellement pour effet pratique d'intégrer au BRA tous les cas de révocation étatiques. Nous pouvons ainsi renvoyer intégralement à notre examen de ces règles ⁽⁶⁰¹⁾.

§ 4. Récapitulation

Il nous paraît opportun de récapituler très brièvement la systématique des règles américaines sur l'action révocatoire.

Le droit étatique est applicable hors faillite. L'action révocatoire y est régie par

⁽⁵⁹⁷⁾ Voir supra, pp. 149ss.

⁽⁵⁹⁸⁾ Supra, pp. 200 bb et note (593).

⁽⁵⁹⁹⁾ Voir dans ce sens RIESENFELD Stefan A., *Creditors' Remedies*, op. cit. note (366), 4^{ème} édition en préparation, note ad In re Verco Industries, 764 F.2d 1134 (1983). Pour un exemple dans lequel certains transferts intervenus au sein d'un groupe de sociétés moins d'un an avant la faillite sont annulés sur la base du § 548 BRA et d'autres, accomplis plus d'un an avant la faillite, sont annulés sur la base du § 544 (b) BRA (et renvoi aux règles étatiques), voir l'arrêt déjà cité note (596) In re Harry Kaiser Associates, Inc., 14 B.R. 107 (1981), en particulier p. 109.

⁽⁶⁰⁰⁾ Dans ce sens, RIESENFELD Stefan A., *Creditors' Remedies*, op. cit. note (366), pp. 643 note 2 et 644 note 3, voir aussi 4^{ème} édition en préparation.

⁽⁶⁰¹⁾ Voir supra, pp. 149ss. Nous pensons que ce renvoi aux règles étatiques comprend également un renvoi à la problématique des rapports entre les règles étatiques sur la distribution de dividendes et l'UFCA, voir à ce propos supra, pp. 154ss.

l'UFCA, par le «Bulk transfers Act» et par les règles sur l'annulation des dividendes injustifiés. Le BRA s'applique dès qu'une demande de faillite a été déposée contre le débiteur. Il contient ses propres règles sur l'action révocatoire énoncées par les §§ 544 à 550 BRA. Le § 544 (a) BRA rend inopposables à la masse les actes effectués par le débiteur en faveur de tiers, dans la mesure où ces actes seraient inopposables à un acquéreur de bonne foi en application du droit ordinaire. Le § 547 BRA permet au trustee d'annuler les paiements faits par le débiteur dans les 90 jours (un an s'il est un «insider») qui ont précédé la demande de sa faillite. Le § 548 BRA incorpore au BRA les règles substantielles de l'UFCA. Le § 544 (b) renvoie au – et donc intègre – le droit étatique.

L'examen de ces règles, tant étatiques que fédérales, démontre que l'ordre juridique américain a su développer un certain nombre de principes et de dispositions souvent «ad hoc» qui s'avèrent efficaces pour sanctionner les transferts de patrimoine qui interviennent au sein des groupes de sociétés, dans la mesure où ils sont injustifiés. Nous voyons là d'ailleurs une explication partielle au fait que **le phénomène des groupes de sociétés n'est pas considéré aux Etats-Unis comme constituant un problème en tant que tel**, raison pour laquelle d'ailleurs il n'a donné lieu à aucune initiative doctrinale ou législative en faveur d'un «droit des groupes», contrairement à ce que l'on a pu constater d'une manière générale en Europe. Pour ces différentes raisons, et comme nous l'avons relevé au fur et à mesure de notre exposé, nous croyons que le droit américain en matière d'action révocatoire dans les groupes de sociétés contient toute une série d'enseignements qui pourraient être utiles en droit suisse.

SECTION III: LES LIMITES DE L'ACTION RÉVOCATOIRE DANS LES GROUPES ET LES MOYENS DE LES DÉPASSER: EN PARTICULIER LA CONSOLIDATION

§ 1. Le problème

Les limites de l'action révocatoire, lorsqu'elle est appliquée à des transferts de patrimoine intervenus au sein d'un groupe de sociétés, ont été mises en évidence par l'abondante jurisprudence américaine en la matière. Aussi longtemps en effet que les transferts sont relativement simples et peu nombreux, il est possible de les identifier et de les révoquer individuellement, moyennant le cas échéant quelques aménagements, en particulier en ce qui concerne le fardeau de la preuve. Dans la pratique toutefois les opérations intra-groupe sont parfois tellement nombreuses et complexes, les rapports entre les divers membres du groupe tellement inextricables,

qu'il devient impossible ou déraisonnable (car excessivement long ou coûteux) de tenter de reconstituer chacun des transferts que peuvent avoir engendrés ces rapports. L'action révocatoire devient alors inutilisable, car elle repose précisément sur le postulat fondamental que chacun de ces transferts soit distinctement individualisé avant d'être, le cas échéant, annulé. C'est là une limite en pratique très importante de l'action révocatoire dans les groupes de sociétés.

Cette limite a été mise en lumière à plusieurs reprises par la jurisprudence et la doctrine américaine. Ainsi dans l'arrêt *Chemical Bank New York Trust Co. v. Kheel*, de 1965, le tribunal de New York a-t-il constaté:

*«The debtor corporations are all owned or controlled by the former shipping magnate, Manuel E. Kulukundis. The Referee found that the debtor corporations were operated as a single unit with little or no attention paid to the formalities usually observed in independent corporations, that the officers and directors of all, so far as ascertainable, were substantially the same and acted as figureheads for Kulukundis, that funds were shifted back and forth between the corporations in an extremely complex pattern and in effect pooled together, loans were made back and forth, borrowings made by some to pay obligations of others, freights due some pledged or used to pay liabilities and expenses of others, and withdrawals and payments made from and to corporate accounts by Kulukundis personally not sufficiently recorded on the books. Evidence of these facts and others, such as dispersal of key personnel since most of the transactions occurred, support the Referee's conclusion that auditing of the corporations' financial condition and especially the inter-company relationships would entail great expenditure of time and expense without assurance that a fair reflection of the conditions of the debtor corporations would in the end be possible... Moreover, we have here an additional factor not present in *Soviero or Stone v. Eacho.*, the expense and difficulty amounting to practical impossibility of reconstructing the financial records of the debtors to determine intercorporate claims, liabilities and ownership of assets. »* ⁽⁶⁰²⁾

Le tribunal laissa ainsi entendre que toute tentative de reconstituer le patrimoine respectif des différents membres du groupe sur la base de l'action révocatoire serait vaine.

La constatation par la Cour suprême des Etats-Unis d'un état de fait en substance analogue est à la base du fameux arrêt *Taylor v. Standard & Elec. Co.* (dit «*Deep Rock case*») ⁽⁶⁰³⁾. La Cour relève en effet:

⁽⁶⁰²⁾ *Chemical Bank New York Trust Co. v. Kheel*, 369 F.2d 845, 846, 847 (2^{me} 1966). Pour un bref commentaire de cet arrêt, voir JENNINGS/BUXBAUM, op. cit. note (479), p. 1002 note 2.

⁽⁶⁰³⁾ *Taylor v. Standard & Elec. Co.*, 306 U.S. 307 (1939).

«...the account consists of thousands of items of debit and credit... Many transactions entered in the account were attacked as fraudulent ... Without going into the minutiae of the transactions between the two companies, enough may be stated to expose the reasons for our decision... It is impossible to recast Deep Rock's history and experience so as even to approximate what would be its financial condition at this day had it been adequately capitalized and independently managed and had its fiscal affairs been conducted with an eye single to its own interests.»⁽⁶⁰⁴⁾

§ 2. Les solutions «équitable» de la jurisprudence américaine: subordination et consolidation

Dans les deux cas précités, les juridictions américaines saisies, après avoir constaté l'impossibilité pratique d'appliquer les règles classiques de l'action révo-catoire, eurent recours à cette faculté particulière que leur confère le droit anglo-américain de trancher si nécessaire en équité («equity»). C'est ainsi que dans l'arrêt *Chemical Bank New York Trust Co. v. Kheel* (cité ci-dessus), compte tenu des particularités de l'espèce, le tribunal ordonna la **consolidation** «consolidation» ou «piercing the corporate veil»⁽⁶⁰⁵⁾ des patrimoines (actifs et passifs) de tous les membres du groupe considéré (une dizaine de sociétés)⁽⁶⁰⁶⁾. Dans l'arrêt *Taylor v.*

⁽⁶⁰⁴⁾ Ibidem, pp. 311-312, 315 et 323.

⁽⁶⁰⁵⁾ A la différence de CLARK Robert Charles, op. cit. note (476), LANDERS Jonathan, op. cit. note (474) distingue entre «veil piercing» (p. 606ss), lorsqu'une seule société du groupe est faillie, et «consolidation» (p. 628ss) lorsque deux membres du groupe ou plus sont en faillite. Nous ne croyons pas que la distinction soit utile. Dans les deux cas, en effet, on fait abstraction de la personnalité juridique d'au moins deux sujets de droit. Peu importe qu'ils soient ou non plus de deux et qu'ils soient ou non en faillite.

⁽⁶⁰⁶⁾ La consolidation fut confirmée, malgré l'appel de *Chemical Bank*. Cette dernière s'y opposait car la consolidation lui était défavorable étant donné que la société du groupe dont elle était créancière était (relativement) moins surendettée que les autres. Le Tribunal constata en effet qu'à défaut de consolidation on courrait le risque qu'aucun des créanciers (pas même *Chemical Bank*) ne reçoive quoi que ce soit, car l'intégralité du patrimoine aurait été consommée par les procédures et expertises nécessaires pour reconstruire le patrimoine propre de chacun des membres du groupe. A noter à ce propos que le juge Friendly rédigea une **opinion d'importance fondamentale** dans laquelle il adhère au dispositif mais précise (p. 848) : «I cannot agree that a practice of handling the business of a group of corporations so as to impede or even prevent completely accurate ascertainment of their respective assets and liabilities in their subsequent bankruptcy justifies failure to make every reasonable endeavor to reach the best possible approximation in order to do justice to a creditor who had relied on the credit of one - especially to a creditor who was ignorant of the loose manner in which corporate affairs were being conducted. Equality among creditors who have lawfully bargained for different treatment is not equity but its opposite, and the argument for equality has a specially hollow ring when made by the United States whose priority over other creditors will necessarily be enhanced by having the assets of all these corporations thrown into a hotchpot».

Standard & Elec. Co. (cité ci-dessus), en revanche, considérant que cela était le seul moyen d'aboutir à une solution équitable, la cour ordonna la **subordination** par rapport aux créances «externes» de la très importante créance de l'un des membres du groupe (Standard) envers un autre (Deep Rock).

§ 3. La synthèse de la doctrine américaine

A la suite de ces arrêts notamment, le **seuil d'impraticabilité de l'action révocatoire dans les groupes** a été reconnu et étudié par certains auteurs américains. CLARK ⁽⁶⁰⁷⁾ en particulier a mis clairement en évidence qu'à partir d'un certain stade de complexité il n'est plus possible (par défaut d'information interne), ou plus raisonnable (parce qu'excessivement long ou coûteux), d'appliquer l'action révocatoire, car celle-ci nécessite la démonstration de la réalisation de ses conditions d'applications pour chacun des segments de transactions internes extrêmement nombreuses et compliquées:

«The number of unfair transactions with insiders may be large and indefinite and proof of unfairness and the extent of lack of fair consideration in each instance of a transaction may be difficult or extremely costly.» ⁽⁶⁰⁸⁾

ou encore:

«In fact, many of the equitable subordination cases – Pepper v. Litton is the classic example – involved an incredibly complex series of controlling party transfers and other transactions. It would be extremely difficult and costly, if not impossible, to attempt to analyse separately each step in the series, to assess all the evidence relating thereto, to make numerous separate findings as to insolvency and fairness of consideration, and to draw conclusions as to the proper amount of recovery at each step under the apparently exacting test of the UFCA.» ⁽⁶⁰⁹⁾

Cela étant, l'important apport de CLARK est de démontrer que les instruments modernes que sont la consolidation des patrimoines de tout ou partie de membres du groupe ⁽⁶¹⁰⁾ et la subordination des créances internes par rapport aux créances

⁽⁶⁰⁷⁾ CLARK Robert Charles, op. cit. note (476), pp. 505ss.

⁽⁶⁰⁸⁾ Ibidem, p. 543.

⁽⁶⁰⁹⁾ Ibidem, p. 530.

⁽⁶¹⁰⁾ CLARK définit ainsi la **consolidation**: «... state and federal courts have developed a sizeable body of case law dealing with the attempts of corporate creditors to satisfy their claims out of the personal assets of the corporation's shareholders despite the general rule of limited liability. Cases of this sort have been referred to by various metaphors, such as «alter ego» or «instrumentality» cases and attempts «to pierce the corporate veil» (ibidem, p. 540). A noter qu'une relation directe d'actionnariat n'est pas nécessaire pour que la consolidation des patrimoines soit ordonnée. Ainsi dans le récent arrêt In re D.H. Overmyer

externes ⁽⁶¹¹⁾ **ne sont autres que des moyens pour dépasser les limites de l'action révocatoire** telle qu'historiquement reçue:

«Since equitable subordination and piercing the corporate veil are, in large part, modes of overcoming the extraneous limitations of historically received fraudulent conveyance law...» ⁽⁶¹²⁾

En ce sens, la **consolidation et la subordination ne sont en définitive que deux réponses différentes à un problème unique**, l'une étant préférée à l'autre pour des motifs d'équité en fonction des particularités du cas d'espèce. Ces deux instruments sont donc deux expressions d'un même principe d'équité fondamental: celui dont l'action révocatoire tire ses origines:

Telecasting Co., Inc.. Bankruptcy, 23 B.R. 823 (1982), que nous avons déjà eu l'occasion de citer (supra, pp. 188 et 189), la consolidation des patrimoines de tous les membres du groupe (soit son contrôleur et plus de 50 sociétés) fut ordonnée: «Mr. Overmyer's control of the various Overmyer companies, including TOC, DHO, ODS, Hadar, ISLI, Jeebs, AGG, Omega, Intermodal Terminals, Inc., Weathervane Farms, Inc., Deauville Private Rental Homes, Inc., Peerless, NDS, NDS of California, RT Systems and its subsidiaries and Expediter, is so pervasive that the unity of interest between Mr. Overmyer and these corporations makes it inequitable to treat the corporations as separate legal entities. Mr. Overmyer is, therefore, liable for the obligations of every such corporation, and every such corporation is, therefore, liable for the obligations both of Mr. Overmyer and of every other corporation.» Il existe aux Etats-Unis une abondante doctrine relative à la consolidation. Voir ainsi en particulier les auteurs cités par CLARK, op. cit. note (476), p. 540, note 94 et les nombreuses références données par JENNINGS/BUXBAUM, op. cit. note (479), pp. 1002-1003 note 2. Pour l'application de la consolidation en tant que sanction (correctif) contre les transferts intra-groupe, voir aussi l'article fondamental de LANDERS Jonathan M., A Unified Approach to Parent, Subsidiary and Affiliate Questions in Bankruptcy, The University of Chicago Law Review, vol. 42, 1975, pp. 589ss, 606ss.

⁽⁶¹¹⁾ CLARK décrit la **subordination** de la manière suivante: «Typically, application of the doctrine of equitable subordination leads to the result that the creditor claims of an insider or controlling party - a parent corporation, a sole shareholder, or a shareholder who, in relation to other shareholders, owns «debt» claims against the insolvent corporation in the same proportion as his stock ownership - are subordinated to those of bonafide outside creditors. The subordination is not automatic in our present law, but it said to turn on the presence of fraudulent conduct by the insiders, and management of the insolvent corporation, or inadequate capitalization of the corporation.» (ibidem, pp. 517-518). A noter que l'idée de la subordination des créances internes par rapport aux créances externes fait son chemin aux Etats-Unis. La commission pour la révision du droit de la faillite, dans son rapport de 1973 [Report of the Commission on the Bankruptcy Laws of the United States, H.R. Doc. No. 93-137, part II. 93d Cong., 7st. Sess. 115 (1973)] avait en effet proposé qu'une telle subordination soit **automatique** (section 4-406). La proposition, trop radicale et dont les conséquences risquaient donc d'être injustes, n'a pas été retenue (voir CLARK, op. cit. note (476), pp. 536-537). Il existe aux Etats-Unis une abondante doctrine relative à la subordination. Voir ainsi en particulier les auteurs cités par CLARK, op. cit. note (476), p. 517 note 42. Pour l'application de la subordination aux transferts intra-groupe, voir aussi l'article fondamental de LANDERS Jonathan M., A Unified Approach to Parent, Subsidiary and Affiliate Questions in Bankruptcy, The University of Chicago Law Review, vol. 42, 1975, pp. 589ss, 597ss.

⁽⁶¹²⁾ CLARK Robert Charles, op. cit. note (476), p. 506. Dans le même sens, WES Edward J. Jr., Substantive Consolidations in Bankruptcy: A Flow-of-Assets Approach, California Law Review, vol. 65, 1977, p. 133: «An alternative theme in some recent case law is that the bankruptcy proceedings of affiliated corporations should be consolidated whenever it is impracticable to separate their financial affairs».

«... the doctrines of equitable subordination and piercing the corporate veil may be seen as applications of the same notions of securing the moral obligations of debtors to creditors which are at work in fraudulent conveyance law.»⁽⁶¹³⁾

Dès lors, la consolidation et la subordination sont des **substituts fonctionnels** et des compléments techniquement nécessaires pour dépasser les limites inhérentes aux normes traditionnelles de l'action révocatoire. Ces limites sont fréquemment atteintes dans l'hypothèse de transferts intervenant au sein de groupes de sociétés, ainsi que le démontrent les exemples cités précédemment.

§ 4. Les expériences du droit suisse, en particulier la consolidation

Ce serait nous écarter trop de notre sujet que de nous étendre ici longuement sur l'application ou sur l'applicabilité en droit suisse des deux instruments juridiques nouveaux que sont la consolidation et la subordination. Notons seulement que tous deux sont connus en Suisse en relation avec les groupes de sociétés. Ainsi RUEDIN, dans ses «Propositions pour un droit suisse des groupes de sociétés», envisage-t-il, comme moyen de protéger les créanciers des sociétés filiales contre les abus, de **postposer** automatiquement les créances produites par des sociétés appartenant au groupe considéré (créances internes) par rapport à celles que font valoir les créanciers externes⁽⁶¹⁴⁾.

D'autre part, dans l'arrêt déjà cité Banque Commerciale SA contre Faillite Ersa de 1970⁽⁶¹⁵⁾, le Tribunal cantonal de Fribourg, en n'admettant pas à l'état de collocation les créances internes, a en réalité subordonné celles-ci aux créances produites par les créanciers externes. L'arrêt en question concernait une société isolée et non pas un groupe, mais le principe qu'il met en oeuvre nous semble ici directement pertinent et applicable.

De son côté, la consolidation, dans sa variante appelée «Durchgriff», a été déjà souvent discutée dans le cadre des groupes de sociétés⁽⁶¹⁶⁾. Il y a lieu toutefois de préciser que, dans les cas où elle a été admise, cela a toujours été sur la base de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CCS), sans référence à l'action révocatoire.

Le pas de la consolidation du patrimoine de plusieurs – ou de tous les – membres d'un groupe composé de nombreuses sociétés ne semble en revanche pas encore

⁽⁶¹³⁾ CLARK, op. cit. note (476), p. 505.

⁽⁶¹⁴⁾ RUEDIN Roland, Propositions pour un droit suisse des groupes de sociétés, SAG 1982, pp. 101ss., 111.

⁽⁶¹⁵⁾ SJ 1971, p. 209, cité supra, pp. 44 - 45.

⁽⁶¹⁶⁾ En particulier par DALLEVES Louis, Problèmes..., op. cit. note (7), pp. 667ss et PETITPIERRE-SAUVAIN Anne, Droit des sociétés..., op. cit. note (7), p. 68ss et 131-132. Pour une analyse récente du «Durchgriff» en Suisse et de nombreuses références, voir EBENROTH C.Th., Zum «Durchgriff» im Gesellschaftsrecht, SAG 1985, pp. 124ss.

avoir été franchi en Suisse, du moins pas en l'absence de l'accord de tous les créanciers. Ainsi, dans l'affaire de la **Banque Leclerc & Cie**, la Cour de justice de Genève, dans son arrêt du 23 novembre 1978, saisie en qualité d'autorité d'homologation d'un concordat bancaire, se déclara incompétente en tant que telle pour homologuer le concordat proposé, dans la mesure où il prévoyait la consolidation du patrimoine de plusieurs sociétés. Le motif invoqué fut qu'une telle décision tranchait incidemment des questions de droit matériel (en particulier celle de l'existence juridique des filiales «consolidées») qui échappent à la compétence de l'autorité d'homologation. La question fut examinée par la Cour de justice non pas d'office⁽⁶¹⁷⁾, mais parce que certains des créanciers des filiales (représentant le 20 % environ des créances totales) s'opposaient à la consolidation, car ils pensaient que «leur» filiale était (relativement) plus solvable que la «masse consolidée». Ils entendaient de surcroît conserver leur droit éventuel d'agir en dommages-intérêts contre la masse de la banque Leclerc & Cie pour le dommage dont ils allaient vraisemblablement être renvoyés perdants à l'issue de la liquidation de leur débitrice principale («leur filiale»)⁽⁶¹⁸⁾. Il va sans dire qu'en revanche les créanciers des filiales

⁽⁶¹⁷⁾ Encore que l'arrêt de la Cour de Justice ne soit pas absolument clair sur ce point, il nous semble que la question de la consolidation fut examinée non pas d'office, mais seulement parce que certains créanciers s'y étaient expressément opposés.

⁽⁶¹⁸⁾ Voir l'arrêt de la Cour de Justice civile du 23 novembre 1978 dans la cause Banque Leclerc & Cie, en particulier pp. 23 à 26 que nous pensons intéressant de citer largement: «a) En ce qui concerne plus particulièrement l'article 2, le passage incriminé est libellé comme suit: «A cet effet, Leclerc & Cie fait cession à ses créanciers de tous les actifs matériels et immatériels, notamment de tous ses biens, droits, actions, créances, ainsi que de ceux qui font l'objet de la consolidation, tels qu'ils ont été inventoriés par les commissaires/liquidateurs». Les critiques formulées contre ce texte visent «la confusion que les commissaires/liquidateurs ont entendu opérer entre le patrimoine (actif et passif) de la banque, d'une part, et celui de toute une série d'entités juridiques créées par la banque». Il s'agit, plus précisément, des sociétés panaméennes... Considérant que ces sociétés n'avaient pas d'existence propre et qu'elles formaient avec Leclerc & Cie une unité économique, les commissaires ont réuni les biens de ces sociétés à ceux de Leclerc & Cie et ont admis à l'état du passif les créanciers de ces sociétés, comme s'il s'agissait de créanciers de Leclerc & Cie. Ils ont établi ainsi un bilan consolidé. (...) b) Comme l'avaient fait les commissaires, plusieurs créanciers ont relevé que le problème de l'existence juridique, aux yeux du droit suisse, desdites sociétés panaméennes ne saurait être tranché avec force de chose jugée par la Cour de céans dans le cadre de la procédure d'homologation de concordat. Cela précisé, les créanciers de ces sociétés s'opposent à la consolidation envisagée, car ils entendent - dans l'hypothèse où ces sociétés ont un patrimoine propre - conserver leurs créances sur ces sociétés, sans préjudice de leur droit éventuel à agir en dommages-intérêts contre Leclerc & Cie pour le dommage dont, de toute vraisemblance, ils seront renvoyés perdants dans le cadre de la liquidation de leur débitrice principale. (...) c) La cour (...) constate que le problème soulevé est fort complexe et relève incontestablement du droit matériel, échappant ainsi à la compétence de l'autorité concordataire. Il s'agit, en effet, de savoir si certains biens (soit ceux des sociétés incriminées) appartiennent ou non à la débitrice; autrement dit, si ces biens rentrent ou non dans la masse. L'autorité de concordat ne pouvant trancher un tel problème (cf. ATF 97 III 128 = JT 1972 II 80ss; ATF 104 III 23), elle modifiera en conséquence le libellé de l'art. 2 du projet, dans le sens proposé par certains créanciers et admis par les commissaires. Le but de cette modification est simplement de laisser clairement ouverte la question de la consolidation.» La Cour de Justice se retranche derrière des motifs formels (pouvoir d'appréciation limité vu sa qualité - in casu - d'autorité d'homologation), mais il semble qu'elle partageait en réalité les préoccupations exposées par le juge Friendly [cité supra, note (606) à l'occasion de l'arrêt Chemical Bank (discuté supra. pp. 205 - 206, §2)]. Voir également HIRSCHE Alain, La responsabilité des groupes bancaires internationaux, Travaux de l'Association Henri Capitant, Economica, 1984, pp. 479ss, 493.

moins solvables que la «masse consolidée» ne s'opposaient pas à la proposition concordataire de consolidation ^(618.1) (encore que dans leurs cas également la question de l'action en dommages-intérêts contre la banque proprement dite aurait pu se poser).

En l'absence d'opposition de la part des créanciers, la consolidation fut en revanche admise, à Genève également, dans le concordat bancaire de la **Banque de Crédit International** ^(618.2) qui fut homologué par la Cour de Justice le 19 mars 1976⁽⁶¹⁹⁾:

«Dans le premier cas, celui de la Banque de Crédit International à Genève, les liquidateurs ont proposé aux créanciers, dans le concordat, de consolider purement et simplement toutes les filiales financières de la banque avec la banque elle-même et de traiter ainsi tous les créanciers du «groupe» sur le même pied. Aucun créancier n'ayant contesté cette proposition (peut-être par ignorance ou inadvertance), l'autorité judiciaire approuva sans discussion le concordat sur ce point» ^(619.1).

L'objet de cette thèse ne nous permet malheureusement pas de poursuivre l'examen de ces développements de la jurisprudence suisse, malgré leur intérêt pratique considérable. Notre but est seulement d'inviter à la réflexion à l'occasion de notre analyse de la thèse développée par CLARK, car les principes qu'il y propose valent également en Suisse: **la consolidation et la subordination se rattachent directement à l'action révocatoire; ils sont deux moyens d'en dépasser pratiquement et équitablement les limites au sein des groupes de sociétés.**

^(618.1) Voir à ce propos en particulier HIRSCH Alain, La responsabilité des groupes bancaires internationaux, op. cit. note (618), p. 493.

^(618.2) Voir la procédure de liquidation concordataire de la Banque de Crédit International (BCI) à Genève à la suite de la fermeture de ses guichets en septembre 1974. Le concordat fut homologué par la Cour de Justice de Genève par arrêt du 19 mars 1976, il incluait tous les créanciers du siège de Genève, des succursales de Zürich, Londres et Luxembourg, de ICB (Overseas) Ltd., Nassau, de Intercredit Trust Reg., Vaduz, de Catavi Establishment, Vaduz, et de Promeurope Establishment, Vaduz (voir les différentes circulaires des commissaires, en particulier n° 2, 4, 5 et 6). Cette espèce est également citée par ALBERS Max, Haftungsverhältnisse im Konzern, Zürich, 1980, pp. 118 et 119 et les références citées.

⁽⁶¹⁹⁾ Le principe de la possibilité pour l'autorité d'homologation d'accepter la consolidation ne fut dans ce cas pas examiné d'office par la Cour de Justice, ce qui est sans doute opportun. Notons que nous ne pensons pas que l'on puisse reprocher à la Cour de Justice de Genève d'avoir modifié sa jurisprudence à l'occasion de l'homologation du concordat de la Banque Leclerc, car, contrairement au cas BCI, certains créanciers s'opposaient alors à la consolidation, ci-dessus note (617). Il semble que le Tribunal fédéral également se tienne au principe selon lequel il n'examine pas d'office si les conditions générales de l'homologation sont remplies, car il ne peut aller «ultra petitem» dans le contexte en question (ATF 105 III 93, 93 = JT 1980 pp. 209ss).

^(619.1) HIRSCH Alain, la responsabilité des groupes bancaires internationaux, op. cit. note (618), pp. 492, 493.

Ce rôle de substitut fonctionnel que joue la consolidation par rapport à l'action révocatoire a d'ailleurs déjà été, si ce n'est perçu, du moins appliqué en Suisse. Une des limites de l'action révocatoire en droit suisse est en effet constituée par le fait que, à la différence du droit américain, notre ordre juridique ne connaît pas la révocation en cas de sous-capitalisation, phénomène fréquent en matière de groupes de sociétés ^(619.2). Or, il est intéressant de constater que, bien que n'établissant pas de lien avec l'action révocatoire, différents auteurs suisses ont proposé que les cas de sous-capitalisation soient qualifiés d'abus de droit et en conséquence résolus par le biais de la consolidation.

Ainsi donc en Suisse, à défaut d'être un motif de révocation, la sous-capitalisation peut être considérée comme un motif de consolidation (Durchgriff). Dans ce sens DALLEVES:

«Outre les cas déjà tranchés par la jurisprudence, on pourrait admettre, à l'instar de la jurisprudence étrangère, ceux où il y a confusion volontaire des patrimoines, ou sous-capitalisation manifeste de sa filiale.» ⁽⁶²⁰⁾

et plus récemment EBENROTH, dans son article consacré au «Durchgriff»:

«Unterkapitalisierung

Die Mitglieder einer juristischen Person könne sich auf den Grundsatz beschränkter Haftung nicht berufen, wenn sie diese nicht mit einem dem Geschäftszweck und -umfang entsprechenden Eigenkapital ausstatten.» ⁽⁶²¹⁾

Relevons enfin qu'il va de soi que **la consolidation exclut par définition l'action révocatoire entre sociétés du groupe**. Si en effet on consolide les patrimoines sociaux de plusieurs sociétés liées, toutes les créances ou prétentions intra-groupe disparaîtront par «confusion». Comme le relève judicieusement WES ^(621.1), avant de demander la consolidation les créanciers externes seront donc bien avisés de vérifier que celle-ci ne leur portera pas en définitive préjudice. De surcroît, la décision de consolider devra toujours appartenir en dernier ressort aux créanciers externes et non pas aux créanciers internes.

^(619.2) Voir supra, pp. 173 ss.

⁽⁶²⁰⁾ DALLEVES Louis, Problèmes..., op. cit. note (7), p. 679. Voir aussi PETITPIERRE-SAUVAIN Anne, Droit des sociétés..., op. cit. note (7), pp. 72-74.

⁽⁶²¹⁾ EBENROTH Th., Zum «Durchgriff» im Gesellschaftsrecht, SAG 1985, pp. 124ss, 133 et note 87.

^(621.1) WES Edward, op. cit. note (612), p. 737.

C: APERÇU EN DROIT ALLEMAND ET ITALIEN

Sans vouloir étendre excessivement l'aspect comparatiste de cette thèse, il nous semble intéressant de signaler que le problème de l'action révocatoire dans le contexte des groupes de sociétés occupe également les ordres juridiques allemand et italien. En République Fédérale d'Allemagne, en effet, il en est fait mention dans le «rapport des experts chargés de la révision du droit de l'insolvabilité» de 1985 (infra, Section I, p. 212 ss), alors que l'Italie a déjà légiféré en la matière dans le cadre de la «loi de 1979 relative à l'administration extraordinaire des grandes entreprises en crise» (infra, Section II, p. 216 ss).

SECTION I: EN ALLEMAGNE: LES PRÉSOMPTIONS INSTAURÉES A L'ÉGARD DES PERSONNES OU SOCIÉTÉS «PROCHES»

§1. Les dispositions révocatoires du Konzernrecht

L'on ne saurait aborder la question de l'action révocatoire dans les groupes de sociétés en droit allemand sans rappeler que l'Allemagne s'est déjà dotée d'une législation (Konzernrecht) ⁽⁶²²⁾ dont l'un des buts premiers est précisément de réglementer la question des transferts intra-groupe. L'un des buts principaux de cette législation n'est en effet autre que d'empêcher – ou de compenser – toutes les formes de transferts de patrimoine sans compensation équitable au sein des groupes de sociétés dans la mesure où ces transferts résultent de l'existence d'un rapport de domination. Cela est vrai aussi bien pour les «groupes de droit», en particulier en présence de «Beherrschungsvertrag» ou de «Gewinnabführungsvertrag» (§§ 291 ss AktG) que pour les «groupes de fait» (§ 311 AktG).

Dans les groupes de droit en effet, le § 302 AktG oblige la société dominante à compenser les pertes constatées au bilan de la société dominée ⁽⁶²³⁾. De cette manière les créanciers – en particulier externes – de la société dominée sont automatiquement protégés contre les transferts injustifiés dont celle-ci peut faire l'objet et l'action révocatoire perd alors en quelque sorte sa raison d'être.

⁽⁶²²⁾ Voir en général à propos du Konzernrecht: LUTTER Marcus, *Das Konzernrecht der Bundesrepublik Deutschland: Ziel, Wirklichkeit und Bewährung*, SAG 1976, p. 152ss; DALLEVES Louis, op. cit. (note 7), p. 622ss; PETITPIERRE-SAUVAIN Anne, op. cit. (note 7), p. 118ss.

⁽⁶²³⁾ LUTTER Marcus, *Das Konzernrecht der Bundesrepublik Deutschland: Ziel, Wirklichkeit und Bewährung*, SAG 1976, p. 152ss, 154; DALLEVES Louis, op. cit. note (7), p. 625.

Dans le cas des «faktische Konzerne» le but recherché est en définitive le même. Indépendamment en effet de la question de savoir si le système introduit par le législateur allemand fonctionne effectivement en pratique, le principe prévu par le § 311 AktG veut que la société dominante soit obligée de compenser les préjudices qu'elle cause aux sociétés qu'elle domine en usant de son pouvoir de contrôle ⁽⁶²⁴⁾. Ici aussi donc l'action révocatoire devient en principe sans objet.

Ainsi, bien que les dispositions du Konzernrecht ne soient pas considérées comme des cas d'action révocatoire, il n'en demeure pas moins qu'elles en partagent en définitive la finalité: rendre au patrimoine de la société dominée les avantages patrimoniaux dont elle a été privée au profit d'autres sociétés du groupe. Le bref examen du projet de révision du droit de l'insolvabilité qui va suivre doit donc être évalué en tenant compte de ce que, contrairement à la Suisse, l'Allemagne fédérale résout déjà (en théorie tout au moins) une certaine partie des problèmes qui nous occupent par l'application du Konzernrecht.

§2. Le projet de réforme du droit de l'insolvabilité

Le droit allemand sur l'insolvabilité («Insolvenzrecht») est en voie de révision. En 1985 la commission d'experts a publié son premier rapport ⁽⁶²⁵⁾ dans lequel elle propose notamment une importante réforme des normes sur l'action révocatoire («Anfechtungsklage») ⁽⁶²⁶⁾.

En ce qui concerne l'action révocatoire au sein des groupes, l'art. 5.2.6. de la proposition institue une présomption de réalisation des conditions subjectives des différents cas d'action révocatoire lorsque l'acte révocable intervient entre personnes ou sociétés «proches» (nachstehende). Ce renversement (réfragable) du fardeau de la preuve est basé sur le postulat selon lequel les personnes ou sociétés qui sont «proches» (au sens défini par le projet) bénéficient d'une information accrue sur la situation économique du débiteur et donc sur son état de solvabilité:

«Bei einer Anfechtung gegenüber nahestehenden Personen kehrt Absatz 1 die Beweislast für die subjektiven Voraussetzungen der leitsätze 5.2.1 und 5.2.5. um. Nahestehende Personen sind solche, die zur Zeit der anfechtbaren Rechtshandlung aus persönlich gesellschaftsrechtlichen oder ähnlichen Gründen eine besondere Informationsmöglichkeit über die wirtschaftlichen Verhältnisse des Schuldners hatten (vgl. die Formulierung der Absätze 2 Nr.

⁽⁶²⁴⁾ DALLEVES Louis, op. cit. note (7), p. 626; PETITPIERRE-SAUVAIN Anne, op. cit. note (7), p. 120 et 121, n° 143.

⁽⁶²⁵⁾ Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, herausgegeben vom Bundesministerium der Justiz, Verlag Kommunikationsforum Recht Wirtschaft Steuern, 1985.

⁽⁶²⁶⁾ Ibidem, 5.2 p. 403ss.

3 und 3 Nr. 3 und 5). Dieser Informationsvorsprung rechtfertigt es ihnen gegenüber zu vermuten, dass sie zur Zeit der anfechtbaren Rechtshandlung die Zahlungsunfähigkeit oder den Eröffnungsantrag kannten oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht kannten. Hiergegen steht ihnen der Entlastungsbeweis offen, dass sie die Krisentatsachen nicht kannten und auch nicht kennen konnten.»⁽⁶²⁷⁾.

L'art. 5.2.6 (3) du projet définit le terme «proche» dans le cas d'actes révocables impliquant des sociétés, c'est-à-dire dans l'hypothèse où les transferts interviennent au sein d'un groupe, de la manière suivante:

«(3) Nahestehende Personen sind ferner: 1. die Mitglieder eines Leitungs- oder Aufsichtsorgans einer juristischen Person, die Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung sowie diejenigen Aktionäre und Kommanditaktionäre, die mehr als 25% des Grundkapitals halten; für die Berechnung gilt § 16 Abs. 4 AktG entsprechend; 2. die Gesellschafter einer Personenhandels-gesellschaft; ist ein Gesellschafter eine juristische Person, so gilt Nummer 1 entsprechend; 3. die in den Nummern 1 und 2 genannten Personen, wenn die dort aufgeführten Voraussetzungen im letzten Jahr vor der anfechtbaren Handlung weggefallen sind, sofern sie infolge ihrer früheren Stellung eine besondere Informationsmöglichkeit über die wirtschaftlichen Verhältnisse des Schuldners zur Zeit der Handlung hatten; 4. Unternehmen, die von dem Schuldner abhängig sind oder von denen der Schuldner abhängig ist (§ 17 AktG); 5. Personen, die durch ihre Stellung innerhalb des Unternehmens des Schuldners eine besondere Informationsmöglichkeit über seine wirtschaftlichen Verhältnisse haben.»

Cette définition détaillée n'appelle pas de longs commentaires. Nous soulignerons seulement qu'elle s'efforce en substance d'appréhender toutes les hypothèses dans lesquelles une personne est (ou a été) membre d'une société ou de l'un de ses organes, ou dispose d'une position de contrôle à son égard, ou encore peut avoir accès à des informations privilégiées du fait de sa position dans l'entreprise. Pour ce faire, le projet évite soigneusement tout recours au terme «groupe» afin d'éviter l'écueil définitionnel. Il vient seulement s'articuler avec le «Konzernrecht» par l'intermédiaire d'un renvoi en particulier au § 17 AktG concernant les «entreprises dépendantes» que le projet déclare considérer comme «personnes proches» et ce, que le débiteur soit l'entreprise dominante ou dominée (art. 5.2.6 (3).4 du projet).

Il est en revanche intéressant – et à notre avis surprenant – de constater que deux sociétés soeurs (ou cousines) ne sont pas considérées comme «proches» car, aux dires de l'exposé des motifs, vu l'absence de rapport de domination, on ne peut en

⁽⁶²⁷⁾ Ibidem, exposé des motifs, pp. 414 et 415.

pareil cas présumer la connaissance par chacune des sociétés considérées de la situation financière de l'autre:

«Nummer 4 betrifft nur das Verhältnis des herrschenden Unternehmens zu den von ihm abhängigen Unternehmen und umgekehrt. Sie erfasst nicht das Verhältnis zwischen abhängigen Unternehmen, die von demselben Unternehmen beherrscht werden, weil im Verhältnis der abhängigen Unternehmen zueinander nicht unterstellt werden kann, dass ein Unternehmen eine besondere Informationsmöglichkeit über die wirtschaftlichen Verhältnisse eines anderen hat.» ⁽⁶²⁸⁾

Sous cette réserve, nous pensons que la définition du terme «proche» donnée par le projet correspond au concept d'«interne» que nous avons retenu au début de cette thèse⁽⁶²⁹⁾ et qui est très généralement utilisé en droit américain («insider»).

Mis à part cette «présomption de connaissance» qui vaut pour tous les cas de révocation, le projet contient une disposition (art. 5.3.2) par laquelle il est en substance prévu que sont révocables tous les contrats conclus avec des «proches» (au sens de l'art. 5.2.6) et dont il résulte un préjudice pour le débiteur, à moins que le «proche» considéré ne prouve que le contrat en question avait été conclu plus de deux ans avant la faillite ou qu'il ignorait l'intention du débiteur de porter préjudice à ses créanciers. Dans cette hypothèse particulière les auteurs du projet introduisent ainsi une seconde présomption (présomption réfragable de révocabilité), couvrant le cas où un contrat avec un «proche» s'avère préjudiciable au débiteur ⁽⁶³⁰⁾.

⁽⁶²⁸⁾ Ibidem, exposé des motifs, p. 416.

⁽⁶²⁹⁾ Voir supra, pp. 43ss.

⁽⁶³⁰⁾ Erster bericht der Kommission..., op. cit. note (625), p. 418.

SECTION II: EN ITALIE: L'ACTION RÉVOCATOIRE «AGGRAVÉE» AU SEIN DES GRANDS GROUPES «EN CRISE»

§ 1. La loi de 1979 sur l'administration extraordinaire des grandes entreprises en crise

Il n'existe pas en Italie de «droit des groupes» du type Konzernrecht allemand. En 1979 toutefois, le législateur italien a édicté une loi ⁽⁶³¹⁾ destinée en substance à sauvegarder dans la meilleure mesure possible les intérêts en jeu en cas de crise de grandes entreprises: intérêts des travailleurs, des actionnaires minoritaires, des créanciers divers (banques, obligataires, chirographaires, caisses de pension, assistance sociale), de l'état ou d'autres entreprises. La loi en question évite délibérément l'usage du mot «groupe» afin d'échapper au problème de sa définition et aux polémiques que celui-ci engendre immanquablement ⁽⁶³²⁾. Il n'en demeure pas moins que les «grandes entreprises» que vise la loi sont en principe toutes organisées sous forme de groupes de sociétés et qu'il s'agit donc bien en définitive d'une loi destinée à régir les groupes (d'une certaine importance) en difficulté.

Nous renvoyons, pour un examen systématique de cette loi, à l'abondante doctrine que celle-ci a suscitée ⁽⁶³³⁾. Relevons seulement qu'elle introduit une nouvelle procédure par laquelle les grands groupes en crise peuvent être soustraits à la faillite et soumis en tout ou partie à une sorte de gestion extraordinaire sous le contrôle de l'administration publique. La procédure débute par la constatation (judiciaire) de l'insolvabilité et la décision (administrative, prise par décret du

⁽⁶³¹⁾ Décret-loi du 30 janvier 1979, n. 26, publié au G.V. n. 38 du 6 février 1979, converti en loi par loi de conversion du 3 avril 1979, n. 95, publié au G.V. n. 94 du 4 avril 1979; intitulée «Provvedimenti urgenti per Amministrazione straordinaria delle grandi imprese in Crisi» (mesures urgentes pour l'administration extraordinaire des grandes entreprises en crise).

⁽⁶³²⁾ Voir à ce propos MAFFEI-ALBERTI, commentaire ad. art. 3 de la loi de 1979, in *Nuove leggi civ.*, 1979, p. 738. Idem en droit allemand, cf. supra, p. 214.

⁽⁶³³⁾ Voir avant tout le commentaire détaillé de COLESANTI, A. MAFFEI-ALBERTI e P. SCHLESINGER, *Provvedimenti urgenti per l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, in *Nuove leggi civ.*, 1979, p. 705; voir en outre G. MILLOZZA, *La nuova legge sull'amministrazione straordinaria delle imprese in crisi*, in *Dir. fall.*, 1979, I, p. 166; E. SPANO, *Prime applicazioni dell'amministrazione straordinaria*, in *Banche e banchieri*, 1979, p. 373; G. MINERVINI, *Il «supercommissionario»: epilogo (per ora...)», in Rassegna economica*, 1979, p. 461; id., *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, in *Giur. comm.*, 1979, I, p. 617; G. ALESSI, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, in *Fallimento*, 1979, p. 315; A. BONSIGNORI, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, Padova, 1980.

ministre de l'industrie, du commerce et de l'artisanat) de déclarer l'une – quelconque – des sociétés du groupe considéré en «administration extraordinaire». L'article 3 de la loi prévoit expressément que l'administration extraordinaire peut être ensuite **étendue aux autres sociétés du groupe, dans la mesure où celles-ci se trouvent également en état d'insolvabilité** ⁽⁶³⁴⁾. Répétons que le terme «groupe» n'est pas utilisé par le législateur. Il est toutefois manifestement sous-entendu dans la définition suivante du champ d'application de la loi ⁽⁶³⁵⁾:

«[...] sont sujettes à la même procédure au sens du présent décret-loi, si elles se trouvent dans les conditions prévues dans ledit paragraphe (i.e. insolvable) :

- a) la société qui contrôle directement ou indirectement la société en administration extraordinaire;*
- b) les sociétés directement ou indirectement contrôlées par la société en administration extraordinaire ou par la société qui contrôle celle-ci;*
- c) les sociétés qui, étant donné la composition des organes administratifs respectifs, sont soumises à la même direction que la société en administration extraordinaire;*
- d) les sociétés qui ont concédé des crédits ou des garanties à la société en administration extraordinaire ou aux sociétés mentionnées sous a), b) ou c) pour un montant supérieur, selon le dernier bilan, à un tiers de la valeur totale de leurs propres actifs». (art. 3 al. 1).*

Sur le plan général, le terme «contrôle» est à interpréter extensivement ⁽⁶³⁶⁾; il inclut le contrôle de droit et de fait en conformité avec l'art. 2359 du Code civil italien ⁽⁶³⁷⁾. La définition retenue est ainsi extrêmement large. Elle englobe également les sociétés «soeurs», voire «cousines», même à titre indirect [litt. b) et c)] ⁽⁶³⁸⁾.

⁽⁶³⁴⁾ MAFFEI-ALBERTI, Commentaire ad art. 3..., op. cit. (note 632), pp. 743 et 746.

⁽⁶³⁵⁾ Ibidem, p. 745.

⁽⁶³⁶⁾ Voir dans ce sens ibidem, p. 745: «Le lettere a), b), c), del comma primo delineano una figura di «gruppo» caratterizzata da una disciplina che consente la estensibilità dell'amministrazione straordinaria a tutte le altre società, quale che sia la posizione occupata, all'interno del gruppo, dalla società sottoposta per prima alla procedura.»

⁽⁶³⁷⁾ Ibidem, pp. 742 et 743.

⁽⁶³⁸⁾ «... la figura desumibile dalle lettere a) e b) non si limita ad operare in senso verticale (come il controllo disciplinato dall'art. 2359 C.C.), ma opera anche in senso orizzontale, estendendosi alle c.d. società sorelle, e cioè alle società controllate dalla società che controlla quella sottoposta per prima alla procedura di amministrazione straordinaria. Forse un esempio può chiarire meglio la fattispecie. Se A controlla, direttamente o indirettamente B, C, e D, e se, ad esempio, D viene sottoposta ad amministrazione straordinaria, anche B e C possono essere sottoposte, se insolventi, a tale procedura, senza che tra D e B e tra D e C sussista alcun rapporto di controllo diretto o indiretto.» Ibidem, p. 742.

Il est intéressant de relever que l'alinéa 2 du même article 3 prévoit que **les mêmes commissaires** seront chargés de l'administration extraordinaire de toutes les sociétés du groupe auxquelles la mesure est étendue. Les masses respectives de ces dernières restent en revanche distinctes ⁽⁶³⁹⁾.

La disposition qui nous intéresse le plus dans la perspective limitée de cette thèse est celle prévue par l'alinéa 3 de l'article 3 de la loi. Celle-ci instaure en effet une action révocatoire spéciale au sein du groupe.

§ 2. L'action révocatoire «aggravée» à l'égard des autres sociétés du groupe

L'article 3 alinéa 3 de la loi de 1979 permet aux commissaires chargés de l'administration extraordinaire d'entamer l'action révocatoire contre les autres sociétés du groupe [au sens de l'article 3 al. 1 litt.a) à d) ⁽⁶⁴⁰⁾], que celles-ci soient ou non insolvables ⁽⁶⁴¹⁾ et qu'elles aient ou non fait l'objet d'un décret d'extension de l'administration extraordinaire ⁽⁶⁴²⁾. La seule réserve est que si l'action est dirigée contre une société du groupe qui fait également l'objet de l'administration extraordinaire, les commissaires – par définition communs (art. 3 al. 2) – devront requérir la nomination d'un «curateur spécial» qui veillera aux intérêts de la société défenderesse ⁽⁶⁴³⁾.

L'article 3 al. 3 de la loi de 1979 précise que l'action révocatoire ainsi intentée est l'action ordinaire prévue par l'article 67 de la loi (italienne) générale sur la faillite. La loi de 1979 ne prévoit en particulier pas de renversement du fardeau de la preuve de la connaissance de l'état d'insolvabilité du débiteur. Cela est d'ailleurs déploré par une partie de la doctrine selon laquelle la réalisation de la condition préalable de l'appartenance au groupe (au sens de l'article 3 al. 1 de la loi de 1979) devrait entraîner une «présomption de connaissance» de l'insolvabilité du débiteur car:

«Il semble difficile de soutenir que la société contrôlaire, ou contrôlée, ou soumise à une direction commune, se trouve dans la même position que n'importe quel tiers en ce qui concerne la faculté de connaître l'état d'insolvabilité du débiteur.» ⁽⁶⁴⁴⁾.

⁽⁶³⁹⁾ Ibidem, p. 747.

⁽⁶⁴⁰⁾ Ibidem, pp. 748 et 749. Notons que le fardeau de la preuve de l'appartenance au groupe incombe au commissaire.

⁽⁶⁴¹⁾ Ce qui est relativement évident, comme le relèvent MAFFEI-ALBERTI, op. cit. (note 632), p. 748 et MONTANARI Massimo, Amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi e revocatoria fallimentare, Giur. Commerciale 1981, I, pp. 75ss, 78.

⁽⁶⁴²⁾ MAFFEI-ALBERTI, op. cit. (note 632), p. 748, A).

⁽⁶⁴³⁾ Ibidem, p. 749, B).

⁽⁶⁴⁴⁾ Ibidem, p. 751.

Il est vrai toutefois que la position et les compétences particulières des commissaires leur donnent largement accès à l'information et devraient leur permettre relativement facilement de surmonter les obstacles que constituent les problèmes de preuves. A cela s'ajoute que la loi de 1979 (article 3 alinéas 8 et 9) offre la possibilité aux commissaires de faire procéder à des enquêtes administratives par l'intermédiaire en particulier de la CONSOB ⁽⁶⁴⁵⁾ afin d'effectuer les vérifications et de recueillir les preuves nécessaires.

Cela étant, les particularités introduites par la loi de 1979 concernent essentiellement les délais et le for. Les **délais** de l'action révocatoire ordinaire sont en effet prolongés respectivement de un à trois ans et de deux à cinq ans ⁽⁶⁴⁶⁾. Le motif de cette extension des délais – qui vaut à l'action le qualificatif d'«aggravée»⁽⁶⁴⁷⁾ – réside dans la reconnaissance par le législateur de ce que les sociétés membres d'un même groupe sont en principe au courant de leur condition patrimoniale réciproque et qu'elles sont en conséquence en mesure de prévoir l'insolvabilité du débiteur avant ses créanciers «externes». Elles peuvent donc profiter de cet avantage temporel pour se désintéresser, se garantir, ou même «vider» le débiteur de tout ou partie de ses actifs au détriment des créanciers «externes» ⁽⁶⁴⁸⁾.

La loi de 1979 contient enfin une disposition intéressante concernant le **for** de l'action révocatoire lorsqu'elle est dirigée contre les autres membres du groupe (art. 3 al. 6). Celle-ci devra en effet être introduite devant le juge de celle des sociétés du groupe considéré qui, la première, aura été reconnue insolvable et soumise à l'administration extraordinaire ⁽⁶⁴⁹⁾. Cette règle vaut pour toutes les actions révocatoires intra-groupe, donc pas seulement pour les actions révocatoires introduites au nom de la masse de la société qui est à l'origine de la procédure d'administration extraordinaire, même si cette dernière n'est pas partie à l'action envisagée. Ainsi, par exemple, une action révocatoire entre deux autres sociétés soeurs devra-t-elle être

⁽⁶⁴⁵⁾ Commissione Nazionale per le Società e la Borsa. Voir à ce propos MAFFEI-ALBERTI, op. cit. (note 632), pp. 751 et 752.

⁽⁶⁴⁶⁾ Ibidem, p. 750.

⁽⁶⁴⁷⁾ L'adjectif, dû à MAFFEI-ALBERTI in op. cit. (note 632), p. 748, a été adopté par l'ensemble de la doctrine. Voir en particulier MONTANARI, op. cit. (note 641), p. 76 note 2.

⁽⁶⁴⁸⁾ MONTANARI Massimo, op. cit. (note 641), p. 76. «... la ratio della revocatoria aggravata, costituita verosimilmente dalla sola considerazione che società dello stesso gruppo siano ben al corrente delle condizioni patrimoniali reciproche e avvertendo i sintomi dell'imminente dissesto di una consorella assai prima di ogni altro possano approfittarne a danno dei creditori in un periodo più lungo.» et MAFFEI-ALBERTI, op. cit. (note 632), p. 748: «... la disciplina in esame sembri invece muovere - oltre che dalla volontà di consentire al commissario una gestione (ad una eventuale liquidazione) globale di tutte le imprese insolventi appartenenti allo stesso gruppo - dalla preoccupazione di evitare che i creditori della società sottoposta alla procedura si trovino in mano un guscio svuotato dal passaggio di attività ad una o più società "collegate"».

⁽⁶⁴⁹⁾ MAFFEI-ALBERTI, op. cit. (note 632), pp. 750 et 752 et MONTANARI, op. cit. (note 641), p. 76.

intentée au for de la société du groupe qui est à l'origine de la procédure d'administration extraordinaire. Cette règle est applicable de surcroît même si l'administration extraordinaire n'a pas été étendue à la défenderesse (membre du groupe) à l'action considérée ⁽⁶⁵⁰⁾.

Ce for «centralisateur» s'inscrit dans la logique du système voulu par le législateur italien qui prévoit, rappelons-le, d'une part l'extension de l'administration extraordinaire aux autres membres du groupe à partir de la société qui est à l'origine de celle-ci et, d'autre part, la nomination des mêmes commissaires (ceux nommés à l'origine) pour toutes les sociétés du groupe auxquelles l'administration extraordinaire est étendue. La tâche de ces commissaires est ainsi en pratique grandement facilitée ⁽⁶⁵¹⁾, car ils agissent non seulement devant un **juge unique** compétent pour toutes les actions, mais de surcroît devant leur juge en quelque sorte «naturel».

Pour conclure, relevons que, à y regarder de près, la loi italienne de 1979 ne contient que deux innovations dans la perspective de l'action révocatoire au sein des groupes, toutes deux de type plus procédural que matériel et toutes deux «classiques» en ce qu'elles apparaissent presque fatalement sitôt qu'un ordre juridique légifère en la matière ⁽⁶⁵²⁾:

- la prolongation des délais (art. 3 al. 3) pour tenir compte de l'avantage informationnel dont disposent les «internes» au groupe;
- un for unique (art. 3 al. 6) pour coordonner les différentes actions devant un juge unique afin qu'il puisse disposer de l'indispensable vue d'ensemble.

Rappelons enfin que le renversement du fardeau de la preuve – troisième instrument classique – est en revanche absent de la loi de 1979. Nous pensons toutefois qu'il y est partiellement remplacé par la nomination de commissaires communs (art. 3 al. 2) et par les moyens inquisitoriaux (CONSOB etc., art. 3 al. 4) dont ceux-ci disposent pour apporter les preuves dont ils ont la charge.

⁽⁶⁵⁰⁾ MAFFEI-ALBERTI, op. cit. (note 632), p. 752, qui semblent toutefois critiquer cette faculté lorsque le for n'est ni celui du défendeur, ni celui du demandeur: «Nulla esclude invece che quando la procedura sia stata estesa ad altre società che si trovino nelle condizioni previste dall'art. 3, comma 1°, la revocatoria possa riguardare atti intercorsi tra una e altra di tali società, ovvero tra una di esse ed altre società «collegate», ma non sottoposte ad amministrazione straordinaria. In questi casi non si vede perché mai la competenza debba essere radicata presso il tribunale che ha accertato lo stato d'insolvenza di una società (quella sottoposta per prima alla procedura) che non è né parte attrice né parte convenuta nel giudizio di revoca».

⁽⁶⁵¹⁾ MONTANARI Massimo, op. cit. (note 641), p. 76.

⁽⁶⁵²⁾ Voir en droit américain, pp. 197ss pour le délai et 187ss pour le for; et en droit suisse, pp. 264 pour le délai et 265ss pour le for lorsque le débiteur est étranger.

III^{ÈME} PARTIE

LES RAPPORTS ENTRE L'ACTION RÉVOCATOIRE ET L'ACTION EN RESTITUTION DE DIVIDENDES

CHAPITRE I: EN GÉNÉRAL

Au cours de notre exposé relatif à l'application de l'action révocatoire dans les groupes de sociétés, nous nous sommes plusieurs fois trouvé confronté, tant en droit suisse ⁽⁶⁵³⁾, qu'en droit américain ⁽⁶⁵⁴⁾, au problème fondamental des rapports entre l'action révocatoire et les normes du droit des sociétés qui déterminent quelle part du patrimoine social peut être distribuée aux actionnaires à titre de dividendes⁽⁶⁵⁵⁾. De fait, le paiement de dividendes par une société à ses actionnaires ne se différencie fondamentalement en rien d'un quelconque acte révocable: comme celui-ci, il est en effet à première vue un transfert de patrimoine sans contre-prestation de valeur équivalente (sauf si l'on considère comme tel le capital-risque investi sous forme d'actions. Dans la perspective de cette thèse, un dividende est donc a priori un transfert révocable.

Le problème pratique est donc de savoir si les transferts de patrimoine qui ont été effectués à titre de paiement de dividendes par le débiteur au cours des quelques mois ou années qui ont précédé sa faillite sont révocables en vertu des dispositions de la LP qui régissent l'action révocatoire. Répétons-le⁽⁶⁵⁶⁾, la question ne concerne a priori qu'un nombre limité des transferts qui interviennent au sein des groupes puisqu'elle suppose en principe que le bénéficiaire soit l'actionnaire du débiteur. Or, on l'a vu ⁽⁶⁵⁷⁾, de très nombreux transferts empruntent d'autres voies: ils s'effectuent en faveur de sociétés soeurs, ou cousines, ou encore d'internes non actionnaires. Toutefois, on le verra, la doctrine admet que peuvent également constituer des «dividendes» les transferts qui sont effectués en particulier à une société soeur, dans la mesure où ils bénéficient indirectement à la société mère (actionnaire).

⁽⁶⁵³⁾ Voir supra, pp. 31, 32 et 86ss.

⁽⁶⁵⁴⁾ Voir supra, pp. 154ss.

⁽⁶⁵⁵⁾ Par commodité, nous parlerons désormais seulement de «dividendes» payés aux «actionnaires». Il est vrai toutefois que ces distributions peuvent prendre d'autres formes (tantièmes, intérêts intercalaires, etc.) et être parfois payées aux administrateurs plutôt qu'aux actionnaires.

⁽⁶⁵⁶⁾ Voir supra, pp. 86ss.

⁽⁶⁵⁷⁾ Voir supra, pp. 25, 50 et 85ss.

Cela étant, la différence entre un transfert révocable et un dividende ne réside à notre avis pas dans l'objet du paiement considéré, mais elle est essentiellement une question de degré, le critère permettant de les distinguer étant fondamentalement la mesure du patrimoine social qui subsiste après le transfert. La question théorique est ainsi à première vue de savoir si, à l'issue du transfert considéré, le capital social et la réserve légale du débiteur sont ou non entamés. Mais en réalité ce critère n'est pas suffisant, car le champ d'application de l'action révocatoire n'est en principe pas limité par l'importance de l'actif net du débiteur. De fait, l'action révocatoire est applicable aux transferts effectués par le débiteur **même s'il était in bonis non seulement avant, mais également après l'acte révocable**. Cela est vrai aussi bien en Suisse (où l'application des articles 286 et 288 LP ne requiert ni insolvabilité, ni surendettement du débiteur avant ou après l'acte révocable ⁽⁶⁵⁸⁾), que plus encore aux Etats-Unis [où l'action révocatoire est expressément applicable aux sociétés qui, bien qu'étant in bonis, ne le sont pas suffisamment (sociétés sous-capitalisées) ⁽⁶⁵⁹⁾].

Il y a dès lors lieu de se pencher de manière plus approfondie sur les rapports qui existent entre ces deux types d'action. A nos yeux, le problème peut se décomposer en trois questions:

1. Un transfert respectant les règles sur la distribution de dividendes, mais révocable selon les normes régissant l'action révocatoire, peut-il être annulé?
2. Un transfert non révocable en vertu des normes régissant l'action révocatoire, mais qui ne respecte pas les règles sur la distribution de dividendes, peut-il être annulé?
3. Sur la base de quelles normes doit être annulé un transfert à la fois révocable selon la LP et selon les règles sur la distribution de dividendes?

Nous examinerons d'abord la réponse que donne le droit américain à ces trois questions (infra, chapitre II, pp. 225ss), car le problème y est déjà reconnu et discuté. Nous tenterons ensuite (infra, chapitre III, pp. 233ss) de suggérer une réponse à ces questions en droit suisse où le problème est, à notre connaissance, totalement nouveau.

⁽⁶⁵⁸⁾ Voir à ce propos supra, pp. 84ss et 103ss et FRITZSCHE, op. cit. note (106), vol. II, p. 283: «Während bei Art. 287 die Ueberschuldung im Momente des anfechtbarer Sicherungs- oder Tilgungsgeschäftes eine unerlässliches Tatbestandselement ist, bildet sie bei Art. 288 kein solches». Voir aussi ATF 43 II p. 249 et 20/89 II p. 19.

⁽⁶⁵⁹⁾ Voir à ce propos supra, pp. 167ss.

CHAPITRE II: EN DROIT AMERICAIN

§ 1. Le problème mis en évidence par la doctrine

Le problème des rapports entre l'action révocatoire et les dispositions (de droit étatique⁽⁶⁶⁰⁾) sur les distributions de dividendes a déjà été affronté par la jurisprudence et discuté par plusieurs auteurs aux Etats-Unis. Bien que n'étant pas unanimes quant à la solution, ces derniers ont clairement démontré qu'il existe entre ces deux chapitres de leur ordre juridique un concours logique et donc un conflit potentiel d'application⁽⁶⁶¹⁾. Ainsi CLARK, sous le titre «Fraudulent Conveyances and Dividend Restrictions» constate-t-il:

«The moral duties of the business debtor are also expressed in provisions of business corporation laws which restrict a corporation's ability to pay dividends or to make other kinds of distributions to its shareholders. While perhaps most corporate lawyers perceive a relationship between these restrictions and general fraudulent conveyance law principles, there has been no close analysis of how this relationship may weaken the protection afforded by fraudulent conveyance law.» ⁽⁶⁶²⁾;

⁽⁶⁶⁰⁾ Rappelons-le, aux Etats-Unis la compétence de légiférer en matière de droit des sociétés appartient exclusivement à chacun des Etats.

⁽⁶⁶¹⁾ Outre les auteurs cités ci-dessous, pour un exposé plus général du problème, voir JENNINGS/BUXBAUM, op. cit. note (479), pp. 962 à 971: «The interplay of corporation law rules and rules derived from creditors' remedies».

⁽⁶⁶²⁾ CLARK Robert Charles, op. cit. note (476), pp. 554-555. Voir aussi p. 554: «The moral duties of the business debtor are also expressed in provisions of business corporation laws which restrict a corporation's ability to pay dividends or to make other kinds of distributions to its shareholders. **While perhaps most corporate lawyers perceive a relationship between these restrictions and general fraudulent conveyance law principles, there has been no close analysis of how this relationship may weaken the protection afforded by fraudulent conveyance law».**

CARY:

«Quite apart from specific corporate dividend statutes, it should be noted that the Uniform Fraudulent Conveyance Act and the Bankruptcy Act have some bearing upon the avoidance of dividend payments.»⁽⁶⁶³⁾;

et BEN-DROR:

«If a corporation is insolvent following a distribution of its assets to shareholders, the law of fraudulent conveyances may provide additional protection to creditors (note: The exact relationship between these two areas of law is often a source of confusion...).»⁽⁶⁶⁴⁾

§ 2. Les deux thèses en présence: «lex specialis» ou «additional safeguards»

Deux thèses s'affrontent aux Etats-Unis. Selon **la première** les dispositions sur l'action révocatoire (aussi bien étatiques que fédérales) contiendraient une réserve implicite en faveur des normes qui réglementent les distributions de dividendes. Celles-ci seraient donc des «lex specialis» par rapport aux normes sur l'action révocatoire auxquelles elles pourraient donc, le cas échéant, déroger. Ainsi KEHL:

«Where the Corporation Act, however, contains a provision dealing specifically with the question of insolvency dividends, it would seem that the mere fact more stringent regulations existed in some general act ought not to affect the corporation. The legislature having dealt expressly with the corporate insolvency situation, general principles in other statutes ought not to be given effect.»⁽⁶⁶⁵⁾

⁽⁶⁶³⁾ CARY Williams L., *On Corporations*, 4^{me} éd., 1969, The Foundation Press, p. 1489. «Under the Model Business Corporation Act (MBCA), as well as the actual laws of many states, a corporate debtor may not make a transfer in the form of a distribution to shareholders - whether the distribution be a technical dividend, a distribution out of capital surplus, a share repurchase, or a redemption - if, just after the distribution, the corporation would be insolvent in the traditional equity sense of being unable to meet its debts as they become due. And, of course, a corporation in actual dissolution must pay its creditors before distributing anything to shareholders. The existence of these overarching and not easily manipulable restraints on corporate distributions is not surprising, for they are a straightforward expression of fraudulent conveyance principles. Under the general fraudulent conveyance principle of Respect for creditors, a debtor may not make a gratuitous or unfair transfer if, just after the transfer, he would be insolvent (see UFCA § 4) in a modified balance sheet sense (see UFCA § 2). »

⁽⁶⁶⁴⁾ BEN-DROR Yoav, *An Empirical Study of Distribution Rules Under California Corporations Code § 500: Are Creditors Adequately Protected?*, UC Davis Law Review, vol. 16, 1983, pp. 375ss, 378.

⁽⁶⁶⁵⁾ KEHL D., *Corporate Dividends*, 1941, p. 36, cité par CLARK, op. cit. note (476), p. 559 note 154. Dans le même sens, voir GLENN G., *Fraudulent Conveyances and Preferences*, revised ed., 1940, pp. 1043-1047.

La conséquence la plus importante de cette première théorie est qu'un transfert de patrimoine effectué conformément aux dispositions du droit des sociétés sur les distributions aux actionnaires n'est pas annulable, même si le transfert en question était par hypothèse annulable en application des normes sur l'action révocatoire. Cette conséquence prend des proportions très importantes aux Etats-Unis où les normes sur les distributions de dividendes sont nettement plus permissives et celles sur l'action révocatoire nettement plus sévères qu'en Suisse. Cela est dû à deux facteurs propres au droit américain, mais qui illustrent bien le problème qui nous occupe: d'une part, étant donné qu'il ne connaît pas le concept du capital social, le droit américain classique des sociétés permet la distribution de tout l'actif net de la société considérée, pourvu que cette dernière ne devienne pas insolvable. D'autre part, étant donné que les normes américaines qui régissent l'action révocatoire prévoient la révocation des transferts effectués par le débiteur dès lors qu'il résulte que ce dernier était insuffisamment capitalisé, l'action révocatoire permet en droit américain, comme nous l'avons vu ⁽⁶⁶⁶⁾, d'annuler les transferts effectués alors même que le débiteur était encore parfaitement in bonis.

Il existe donc un «hiatus» dans la logique de l'ordre juridique américain, puisqu'un dividende payé par une société in bonis, mais sous-capitalisée, sera parfaitement licite selon le droit des sociétés mais révocable selon l'action révocatoire. D'après la première opinion soutenue en doctrine, ce hiatus doit donc être résolu en tenant compte du fait que les normes relatives à la distribution de dividendes sont techniquement des normes spéciales («lex specialis») par rapport à celles régissant l'action révocatoire contenues dans le BRA et dans l'UFCA («lex generalis»). Toutes les distributions de dividendes qui ont pour résultat de laisser le débiteur in bonis, mais avec un capital insuffisant, devraient donc en particulier être considérées comme pleinement valables et non révocables.

Le caractère choquant de cette première opinion a été relevé par un **second groupe d'auteurs**, désormais majoritaire, et par la plupart des décisions jurisprudentielles en la matière. Selon eux, la première thèse est illogique et inéquitable. Il n'est pas logique, en effet, que des transferts de patrimoine qui remplissent toutes les conditions d'application de l'action révocatoire ne soient pas annulables du seul fait qu'ils sont qualifiés de dividendes. Ainsi CLARK:

«Ordinary business corporation law's weak and arbitrary restraints upon shareholder distributions force one to examine the relationship between these restraints and UFCA section 5. Does compliance with these statutory restraints preclude an attack on a distribution to shareholders under the more general rule embodied in UFCA section 5? Furthermore, why should

⁽⁶⁶⁶⁾ Voir supra, pp. 167ss.

distributions to shareholders be singled out for treatment that is different from that accorded all other kinds of transfers without fair consideration made by a corporate debtor?» ⁽⁶⁶⁷⁾;

et WITZ:

«Even as an original question, it would seem that a corporation should be subject to the same restrictions against fraudulent conveyances of its property as an individual. (...). Simply because the debtor happens to be a corporation to whom a few more devices are available, it should not be allowed to make fraudulent conveyances» ⁽⁶⁶⁸⁾.

Selon ces auteurs ⁽⁶⁶⁹⁾, les dispositions tant étatiques (UFCA) que fédérales (BRA) sur l'action révocatoire ne sont donc pas des «lex generalis» auxquelles les normes étatiques du droit des sociétés dérogeraient, mais sont au contraire complémentaires. Plutôt que de s'effacer, l'action révocatoire additionnerait donc ses exigences. Elle constituerait, comme cela a été dit, des «additional safeguards»⁽⁶⁷⁰⁾, c'est-à-dire «an additional set of rules that dividends and similar distributions must satisfy» ⁽⁶⁷¹⁾. Dès lors, selon cette seconde opinion, pour ne pas être annulable, un transfert effectué à titre de paiement de dividendes devrait respecter à la fois les dispositions du droit des sociétés et celles sur l'action révocatoire. Cela signifie en pratique que, vu l'article 5 UFCA (révocation en cas de sous-capitalisation) ⁽⁶⁷²⁾, aucune distribution ne peut être effectuée aux action-

⁽⁶⁶⁷⁾ CLARK, op. cit. note (476), p. 558.

⁽⁶⁶⁸⁾ WITZ David A., Shareholders' Liability for Dividends Improperly Declared and Paid, Texas Law and Legislation, vol. I, 1947, pp. 220ss, 224.

⁽⁶⁶⁹⁾ Dans le même sens, voir aussi KUMMERT Richard O., The Financial Provisions of the New Washington Business Corporation Act, Part II, Washington Law Review, vol. 62, 1966/67, pp. 119ss, 130-131.

⁽⁶⁷⁰⁾ WITZ David A., op. cit. note (668), p. 224. «Furthermore, it is a reasonable assumption that the provisions in the various corporation acts are intended to be additional safeguards and are not effective to suspend restrictions which exist as to all other persons».

⁽⁶⁷¹⁾ CLARK, op. cit. note (476), p.558: «I would strongly argue that, when a trustee's suit under Bankruptcy Act section 67d is brought, a court can and should hold that the subsection's fraudulent conveyance rules preempt the dividend rules of state corporation laws; and that, when a state has enacted a fraudulent conveyance statute, it ought to be interpreted as providing an additional set of restrictions that dividends and similar distributions must satisfy. There is nothing inherently problematic about barring dividends when a corporation is insolvent either in the equity or the UFCA sense, or when either an impairment of «legal capital» or an unreasonable capital for the particular business would afterwards obtain».

⁽⁶⁷²⁾ Voir à propos du § 5 UFCA (reproduit en Annexe A), supra, pp. 167ss.

naires du débiteur si celle-ci a pour résultat de rendre le capital propre du débiteur déraisonnablement petit, et ce quelle que soit la permissivité du droit étatique des sociétés qui s'applique en l'espèce ⁽⁶⁷³⁾.

Cette dernière opinion est celle des arrêts qui ont eu à trancher – plus ou moins incidemment – le problème. Ainsi dans l'arrêt *Powers v. Heggie* où le tribunal appliqua l'action révocatoire (fédérale) pour annuler quatorze dividendes payés en quatre ans par une société subséquentement faillie. Constatant que «the dividends received were mere gifts» ⁽⁶⁷⁴⁾, le tribunal déclara en effet:

«It is, however, well settled that creditors of an insolvent corporation may in a suit in equity against stockholders recover dividends paid to them by an insolvent corporation and have them applied in payment of their claims. (références omises). Where the insolvent corporation has gone into bankruptcy the trustee is the proper party to recover such dividends back under section 70a of the Bankruptcy Act.» ⁽⁶⁷⁵⁾

§ 3. La réponse du droit américain actuel à nos trois questions

Ainsi l'opinion majoritaire en droit américain, celle qui considère que l'action révocatoire institue des «additional safeguards», nous conduit-elle à répondre en bref de la manière suivante aux trois questions que nous nous sommes posées au début de ce chapitre ⁽⁶⁷⁶⁾:

⁽⁶⁷³⁾ Dans le même sens, voir KUMMERT Richard O., op. cit. note (669), pp. 130-131: «It would seem that the best resolution of the conflicting interpretations would harmonize the operation of the statutes while giving due weight to the fact that the corporate remedy is later and more specific - i.e., would treat the corporation statute as the primary mode of recovery, but would preserve to creditors a secondary line of possible recovery under the fraudulent conveyance act in the event of unsatisfied primary judgments».

⁽⁶⁷⁴⁾ *Powers v. Heggie*, 167 N.E. 314, p. 317.

⁽⁶⁷⁵⁾ *Ibidem*, pp. 316-317. Dans le même sens, voir aussi *Spanier v. U.S. Fidelity & Guaranty Co.*, Ariz. App. 623 P.2d 19 (1981), p. 25, où le Tribunal, appelé à se prononcer sur l'annulation de transferts intra-groupe sur la base des deux moyens invoqués cumulativement par le demandeur (créancier externe), trancha sur la base de l'UFCA, renonçant à examiner la conformité desdits transferts avec les normes réglementant la distribution de dividendes et admettant ainsi implicitement la théorie des «additional safeguards»: «In summary, the undisputed facts show that AR.S § 44-1005 (UFCA § 5 en Arizona) was applicable to the conveyances herein involved and therefore the *Spanier* judgment against *Jenkins* must be affirmed. We thus need not consider whether the *Spanier* judgment could have been supported pursuant to *Spanier's* illegal corporate dividend theory». *Idem* dans l'arrêt *United States v. Gleneagles Inv. Co. Inc.*, 565 F.Supp. 556 (1983), pp. 584-585, où le Tribunal déclara en revanche l'action fondée à la fois sur la base des normes régissant la distribution de dividendes et sur celles régissant l'action révocatoire.

⁽⁶⁷⁶⁾ *Supra*, p. 224.

1. Oui, un transfert qui respecte les règles sur la distribution de dividendes, mais qui est révocable selon les normes qui régissent l'action révocatoire, peut être annulé sur la base de ces dernières.
2. Oui, un transfert non révocable selon les normes qui régissent l'action révocatoire, mais qui ne respecte pas les règles sur la distribution des dividendes, peut être annulé.
3. Un transfert qui ne respecte ni les normes sur l'action révocatoire, ni celles régissant la distribution de dividendes, peut être annulé sur la base de l'un ou l'autre de ces groupes de règles, alternativement ⁽⁶⁷⁷⁾.

§ 4. Le renforcement des exigences du droit des sociétés: vers une disparition du problème?

L'on ne saurait clôturer ce bref examen sans signaler que la traditionnellement plus grande permissivité de l'ordre juridique américain en matière de distribution de dividendes est en train de disparaître progressivement. Plusieurs états ont en effet déjà promulgué des normes plus restrictives en la matière, leur but étant manifestement de mieux protéger les créanciers. L'exemple semble avoir été donné par le nouveau code des sociétés californien de 1977, et en particulier par son § 500 (b) qui dispose:

«Neither a corporation nor any of its subsidiaries shall make any distribution to the corporation's shareholders (...) unless:

(b) Immediately after giving effect thereto:

(1) The sum of the assets of the corporation (exclusive of goodwill, capitalized research and development expenses and deferred charges) would be at least equal to 1-1/4 times its liabilities (not including deferred taxes, deferred income and other deferred credits); and

(2) The current assets of the corporation would be at least equal to its current liabilities or, if the average of the earnings of the corporation before taxes on income and before interest expense for the two preceding fiscal years was less than the average of the interest expense of the corporation for such fiscal years, at least equal to 1 1/4 times its current liabilities, provided, however, that in determining the amount of the assets of the corporation profits derived from an exchange of assets shall not be included unless the assets received are currently realizable in cash; and provided, further, that for the purpose of this subdivision «current assets» may include net amounts which the board has determined in good faith may

⁽⁶⁷⁷⁾ Subsidiairement seulement sur la base de l'action révocatoire selon KUMMERT, voir citation faite supra, note (673).

reasonably be expected to be received from customers during the 12 months period used in calculating current liabilities pursuant to existing contractual relationships obligating such customers to make fixed or periodic payments during the term of the contract, or in the case of public utilities, pursuant to service connections with customers, after in each case giving effect to future costs not then included in current liabilities but reasonably expected to be incurred by the corporation in performing such contracts or providing service to utility customers.»

Cette disposition est particulièrement intéressante pour deux raisons: elle fixe d'une part des conditions de distribution qui sont basées **cumulativement sur l'état de solvabilité et d'endettement** de la société («dual insolvency test») et déclare d'autre part, dans la perspective particulière des groupes de sociétés, que si ces conditions ne sont pas remplies l'interdiction de procéder à une quelconque distribution de dividendes s'étend également à toutes les filiales de la société considérée ⁽⁶⁷⁸⁾.

Le «dual insolvency test»— qui consacre en droit l'importance économique de l'insolvabilité — est probablement appelé à connaître un avenir important en matière de droit des sociétés aux Etats-Unis. Il a d'ailleurs d'ores et déjà été intégré dans le Modern Business Corporation Act qui a été élaboré par l'American Bar Association en 1979 dans le but de proposer aux Etats américains une loi uniforme en matière de droit des sociétés:

«§ 45: Subject to any restrictions in the articles of incorporation, the board of directors may authorize and the corporation may make distributions, except that no distribution may be made if, after giving effect thereto, either:

(a) the corporation would be unable to pay its debts as they become due in the usual course of its business; or

(b) the corporation's total assets would be less than the sum of its total liabilities and (unless the articles of incorporation otherwise permit) the maximum amount that then would be payable, in any liquidation, in respect of all outstanding shares having preferential rights in liquidation.» ⁽⁶⁷⁹⁾

⁽⁶⁷⁸⁾ Pour un exposé et une analyse détaillés des problèmes soulevés par les §§ 500-510 du code californien, voir l'intéressant article de BEN-DROR Yoav, *An Empirical Study of Distribution Rules under California Corporations Code § 500: Are Creditors Adequately Protected?*, UC Davis Law Review, vol. 16, 1983, pp. 375ss. Voir aussi JENNINGS/BUXBAUM, op. cit. note (479), p. 922ss.

⁽⁶⁷⁹⁾ La même disposition a été, en substance, maintenue dans la version révisée de Model Business Act de 1983: «1983 Revised Model Business Corporations Act» § 6. 40.

L'importance du problème des rapports entre l'action révocatoire et les dispositions qui régissent les distributions de dividendes tend donc à disparaître avec le développement – dans le sens d'une sévérité croissante – de celles-ci. La question de savoir si les «additional safeguards» qu'institue aujourd'hui l'action révocatoire doivent ou non s'appliquer à une distribution de dividendes deviendra en effet un principe **sans objet** dès lors que les normes qui régissent ces dernières seront devenues aussi exigeantes que celles qui réglementent l'action révocatoire. Dans ce cas en effet, l'hypothèse d'un transfert révocable selon le BRA ou l'UFCA, mais valable selon le droit des sociétés, est exclue. Cela semble déjà être le cas en Californie, étant donné le § 500 (b) cité précédemment. Ce sera également le cas dans tous les Etats qui adopteront le Model Business Act, raison d'ailleurs pour laquelle celui-ci contient un § 152 (à option) en vertu duquel il est expressément prévu que le § 45 (cité supra), qui réglemente les distributions de dividendes, remplace et exclut toutes autres normes en matière de licéité des transferts de patrimoine en général et en particulier celles contenues dans l'UFCA:

«A new optional provision, section 152, has been added under which section 45 and any other relevant sections of the model Act, are declared to supersede the applicability of any other state statute of the jurisdiction with respect to distributions. This optional section is designed to eliminate the applicability of the provisions of the Uniform Fraudulent Conveyances Act and similar statutes relating to transfers without consideration to «distributions» by corporations in those jurisdictions that desire to take such a legislative step.» ⁽⁶⁸⁰⁾

Le § 152 du Model Business Act ne doit donc pas être interprété comme une reconnaissance du bien-fondé de la première opinion soutenue en doctrine américaine (voir supra § 2, pp. 226 ss), celle des partisans de la théorie de la «lex specialis», mais bien plutôt comme une simple conséquence logique et équitable de la suppression du «hiatus» dont il a été question (supra, p. 227) par le renforcement des exigences du droit étatique des sociétés en matière de distribution de dividendes.

⁽⁶⁸⁰⁾ Report of the Committee on Corporate Laws, Changes in the Model Business Corporation Act - Amendments to Financial Provisions, The Business Lawyer, vol. 34, 1979, pp. 1867ss, 1889.

CHAPITRE III: EN DROIT SUISSE

SECTION I: DOCTRINE ET JURISPRUDENCE ACTUELLES

Il n'existe à notre connaissance en droit suisse ni doctrine, ni jurisprudence relatives au problème des rapports entre l'action révocatoire et les dispositions du Code des obligations qui régissent la distribution de dividendes. La seule mention que nous en avons trouvée en doctrine est due à PETITPIERRE-SAUVAIN, dans le cadre précisément d'un exposé relatif aux transferts entre sociétés de groupes. Cet auteur ne relève toutefois pas le conflit potentiel qui existe entre les deux types de normes qui nous occupent. PETIT-PIERRE-SAUVAIN ne s'attarde d'ailleurs pas sur l'analyse de la portée des dispositions qui régissent la distribution de dividendes dans les groupes, motif pris de la rareté, selon elle, de l'hypothèse des transferts opérés au sein d'un groupe par le biais de paiements de dividendes:

«L'action révocatoire prévue à l'art. 288 LP n'est-elle pas précisément un moyen de rétablir la filiale dans sa situation normale? Rappelons en effet que du point de vue des créanciers, les groupes présentent surtout l'inconvénient de «vider» la filiale de toute substance. Les transferts patrimoniaux sont très souvent opérés sur des bases contractuelles, de sorte qu'il est pratiquement exclu d'invoquer les dispositions des art. 678 et 679 CO, dont la portée serait assez limitée dans ce domaine.»⁽⁶⁸¹⁾

Notre analyse nous entraînera ainsi sur un terrain encore inexploré en droit suisse. Nous nous appuyerons donc sur la doctrine existante en matière de distribution de dividendes et nous nous inspirerons de l'expérience américaine décrite dans le chapitre précédent.

⁽⁶⁸¹⁾ PETITPIERRE-SAUVAIN Anne, op. cit. note (7), p. 136 n° 175.

SECTION II: LES DIFFÉRENTES HYPOTHÈSES

§ 1. Exemple

Il est opportun de bien distinguer les différentes hypothèses qui peuvent se présenter. Nous le ferons sur la base de l'exemple suivant:

Un groupe est composé des sociétés: «Mère» (M), «Fille» 1 (F1) et «Fille» 2 (F2). M, qui constitue la direction unique du groupe, est actionnaire unique de F1 et de F2. F1 est aujourd'hui en faillite. Dans les années qui ont précédé sa faillite, F1 a fréquemment effectué des transferts de patrimoine, d'une part à sa société soeur F2, sur l'ordre de M, par le biais de contrats comportant des prix volontairement surévalués: d'autre part à sa société mère M, par le biais de paiement de «dividendes».

L'administration de la faillite de F1 a actionné F2 sur la base de l'art. 288 LP en annulation des transferts effectués à cette dernière et a obtenu gain de cause. Elle actionne d'autre part M en restitution des dividendes reçus de la part de F1, en fondant son action cumulativement sur les dispositions du CO (678 ss CO) et sur l'art. 288 LP.

La question est de savoir si, et dans quelle mesure, les sommes reçues par M à titre de paiement de dividendes doivent être restituées à la masse en faillite de F1.

Si, par hypothèse, les transferts envisagés apparaissent autorisés aux yeux du CO, on se posera la question de savoir s'ils ne sont pas néanmoins révocables sur la base de la LP. Autrement dit, le seul fait que M soit actionnaire de F1 peut-il faire obstacle à l'annulation de transferts révocables en application de la LP et, partant, l'action intentée par F1 contre sa «mère» M doit-elle subir un sort différent de celle intentée par F1 contre sa «soeur» F2 ?

§ 2. Les hypothèses possibles

Il convient de ventiler les hypothèses afin d'illustrer la réelle portée du problème et de mieux percevoir comment s'articulent les différentes questions qu'il soulève:

I. Les dividendes contestés ont été formellement déclarés par l'assemblée générale et payés par F1 à M.

Après le paiement F1 est:

- 1.1. In bonis et n'a entamé ni son capital social, ni sa réserve légale;
- 1.2. In bonis, mais son capital social ou sa réserve légale sont entamés;
- 1.3. Surendetté (Ueberschuldet).

II. Les dividendes contestés n'ont pas été formellement déclarés par l'assemblée générale; ils ont été payés de manière occulte par F1 à M.

Après le paiement F1 est:

- 2.1. In bonis et n'a entamé ni son capital social, ni sa réserve légale;
- 2.2. In bonis, mais son capital social ou sa réserve légale sont entamés;
- 2.3. Surendetté (Ueberschuldet).

SECTION III: DISTINCTION SELON QUE LES «DIVIDENDES» ONT ÉTÉ OU NON FORMELLEMENT DÉCLARÉS ET PAYÉS

Les hypothèses que nous avons ventilées ci-dessus s'articulent autour de la constatation qu'une société anonyme peut, schématiquement, disposer de son patrimoine de deux manières. Soit, (hypothèse mentionnée sous chiffre I supra), elle en dispose en respectant les conditions formelles impératives prévues par le Code suisse des obligations (CO) pour pouvoir procéder à une distribution de dividendes. Dans ce cas, le bénéficiaire du transfert est nécessairement un actionnaire. C'est ce que nous appellerons, pour les besoins de la discussion, le **dividende formel**. Ce dernier implique deux décisions de la société anonyme considérée, prises par l'assemblée générale de celle-ci dans le cadre de ses compétences inaliénables en la matière (art. 698 al. 2 ch. 3 CO): une première décision qui approuve le bilan annuel, ce dernier faisant par hypothèse apparaître un bénéfice disponible; une deuxième qui fixe le principe et le montant du dividende qui sera versé aux actionnaires (pour ce premier type de dividende, voir infra, § 2, pp. 224 ss).

Soit (hypothèse formulée sous chiffre II supra), la société envisagée dispose de son patrimoine sans respecter les conditions formelles impératives que nous venons de mentionner. Elle se livre alors à ce qui est communément appelé une «**distribution cachée de bénéfices**» (ou «de dividendes»), hypothèse sur laquelle il convient de nous attarder préliminairement, afin de définir la réelle portée du concept et de dissiper certains malentendus à son égard (infra, § 1).

§ 1. En l'absence de décision formelle: la «distribution cachée de bénéfices»

a. Définition

aa. Définition du concept

La notion de «distribution cachée de bénéfices» (ou de «dividendes») n'est pas clairement définie en droit suisse des sociétés.

Cela est dû, à notre avis, au fait qu'il s'agit d'un **concept né de la pratique fiscale**. De fait, il est né de la préoccupation du fisc de reprendre le revenu taxable de certains sujets d'impôt en augmentant celui-ci du montant des transferts effectués sans cause valable (et, partant, en général de façon «occulte») en faveur de tiers ^(681.1). Cette origine fiscale est d'ailleurs démontrée par le fait que l'essentiel des analyses et des définitions du phénomène ont été présentées dans une perspective fiscale ⁽⁶⁸²⁾.

D'une manière générale, on peut définir la distribution cachée de bénéfices comme l'octroi, sans contre-prestation, par une société à l'un de ses actionnaires ou à une personne qui lui est proche, d'un avantage monétaire ou appréciable en argent, sans que soient prises par l'assemblée générale les décisions nécessaires à cet égard (approbation du bilan annuel et fixation d'un dividende) ^(682.1).

bb. Méthodes de transferts

Les canaux empruntés par les distributions cachées de bénéfices, tels qu'ils sont décrits par les auteurs qui ont étudié la question dans la perspective fiscale, sont exactement les mêmes que ceux qui sont utilisés par les groupes de sociétés pour effectuer les transferts de patrimoines «révocables» qui font l'objet de cette thèse: prêts à des taux avantageux, services fournis à des prix sur-

^(681.1) Cette reprise permet au fisc, plus précisément, d'une part d'augmenter proportionnellement les impôts sur le bénéfice de la société qui a effectué le transfert occulte et, d'autre part, d'exiger l'impôt anticipé (35%) sur le transfert proprement dit.

⁽⁶⁸²⁾ REYMOND Jacques-André, L'influence du droit fiscal sur le droit commercial, RDS 1978, Vol. II, p. 350 ; IMBODEN M., Die gesetzmässigen Voraussetzungen einer Besteuerung verdeckter Gewinnausschüttungen, in Archiv für schweizerisches Abgaberecht, Bd. 31 (1963/63) S. 177; MASSHARDT H., Kommentar zu eidg. Wehrsteuer, S. 219; HENGGELER J., Verdeckte Gewinnausschüttungen der Aktiengesellschaft, SAG 1941/1942, p. 50. Dans le même sens, voir SEYDEL Joachim, Die Anwendbarkeit des allgemeinen Regeln über ungerechtfertigte Bereicherung bei Leistungen der Aktiengesellschaft an die Aktionäre, Thèse, Bâle, 1979, p. 34 et les références citées note 154.

^(682.1) Voir en particulier PROBST Dieter C., Die Verdeckte Gewinnausschüttungen nach Schweizerischem Handelsrecht, Thèse, Berne, 1981, p. 154 et REYMOND Jacques-André, op. cit. note (682), p. 350.

ou sous-évalués, actifs cédés à des prix de faveur, etc. ⁽⁶⁸³⁾. Il n'y a d'ailleurs là rien de surprenant car, à y regarder de près, il s'agit en définitive des **mêmes transferts** que ceux auxquels nous proposons d'appliquer l'action révocatoire. **Les transferts entre sociétés de groupe dont nous proposons la révocation sur la base de la LP sont de fait souvent effectués en réalité pour des motifs fiscaux, c'est-à-dire non pas pour léser les créanciers externes, mais avant tout pour diminuer la charge fiscale «consolidée» du groupe; il n'en demeure pas moins qu'outre pour le fisc, il peut en résulter un préjudice pour les créanciers externes ordinaires.**

Nous croyons ainsi pouvoir affirmer que la qualification de «distribution cachée de bénéfices» créée et utilisée par le fisc est en dernière analyse au droit fiscal ce que l'action révocatoire est au droit privé ordinaire: un instrument destiné à reconstituer le patrimoine du débiteur de manière à permettre aux créanciers d'être payés dans la mesure où ils auraient dû l'être. Dans le cas qui nous intéresse, cette reconstitution se fera par l'intermédiaire de la «révocation» en faveur de la masse en faillite; dans la perspective fiscale elle se fera par la «reprise» du revenu imposable (sans annulation proprement dite du transfert considéré ^(683.1)), en faveur d'un créancier très particulier: le fisc. Mais le principe reste dans les deux cas strictement le même.

cc. Bénéficiaire non-actionnaire

Il ressort de la définition que nous avons proposée qu'il n'y a «distribution cachée de bénéfices» que lorsque le bénéficiaire est un actionnaire de la société qui effectue la «distribution» envisagée, **ou une «personne qui lui est proche»**. Les avantages concédés à titre gratuit à des tiers non «proches», telle typiquement une organisation de bienfaisance, ne sont donc pas des distributions cachées de bénéfices. Le droit commun (en particulier l'action révocatoire «ordinaire») s'applique à leur égard.

La question très délicate est dès lors de savoir ce qu'il faut entendre par «personne qui lui est proche» («nachstehende Person»). L'enjeu, dans chaque cas particulier, est le suivant: soit la personne envisagée est assimilée à un actionnaire et l'on peut annuler le transfert, comme on le verra, sur la base des règles du CO

⁽⁶⁸³⁾ Voir supra, pp. 88ss. Pour de nombreux exemples et une description dans une perspective fiscale des moyens utilisés pour procéder à des distributions cachées de dividendes, voir l'excellente analyse de REYMOND Jacques-André, op. cit. note (682), pp. 359 à 362. Voir aussi HENGELER J., op. cit. note (682), p. 52.

^(683.1) La «reprise» fiscale n'implique en effet pas l'annulation du transfert considéré comme étant «sans cause» par le fisc. Il s'agit d'une opération en définitive purement comptable par laquelle le fisc, sans modification de la situation de droit matériel, rétablit (comptablement) le résultat taxable.

(art. 678 ss) en concours avec l'action révocatoire; soit la personne en question est considérée comme un tiers et lesdites règles du CO sont inapplicables, l'action révocatoire restant en revanche possible (voir infra b). Le bénéficiaire est donc en définitive soit l'actionnaire (ou personne assimilée), soit un tiers: il n'y a pas de moyen terme car, par définition, seul un actionnaire peut être le bénéficiaire d'un «dividende caché» ^(683.2).

Le concept de «personne proche» a déjà été discuté en doctrine et en jurisprudence, en particulier – ce qui n'est pas surprenant – dans des cas impliquant des sociétés de groupe. Le critère dégagé consiste à déterminer si la distribution envisagée a (ou non) en définitive profité à l'actionnaire.

La jurisprudence offre des exemples nombreux et variés. Ainsi HENGGELER mentionne, en 1941 déjà, une espèce dans laquelle un transfert sans contre-prestation en faveur d'une société soeur fut considéré comme une distribution cachée de bénéfices car il profitait en définitive à la société mère commune ^(683.3). REYMOND passe en revue différents cas d'espèce, notamment celui, classique, d'une société qui prend à sa charge les dépenses de sa société soeur, la véritable bénéficiaire étant en réalité l'actionnaire unique des deux sociétés en question^(683.4). Il cite également l'hypothèse plus sophistiquée (mais qui illustre bien les possibilités – et les dangers – que présentent les groupes) où le bénéficiaire direct (apparent) de la distribution est la société mère de l'actionnaire, la prestation gratuite constituant dans ce cas ce qu'il appelle un «double dividende caché», le premier avantageant l'actionnaire de la société appauvrie et le second avantageant la société mère ^(683.5). A noter que REYMOND propose une justification juridique intéressante au problème de l'«assimilation» du bénéficiaire non-actionnaire à un «actionnaire», en recourant au concept de stipulation pour autrui effectuée par l'actionnaire en faveur d'une personne, non-actionnaire, mais qui lui est «proche» ^(683.6).

Il apparaît ainsi que l'on doit considérer comme distribution cachée de bénéfices au sein des groupes tout transfert de patrimoine (à l'exclusion des dividendes proprement dits) effectué à un membre du groupe dès lors qu'il profite en définitive à l'actionnaire, c'est-à-dire à la société mère (ou grand-mère, etc.) ou aux contrôleurs.

^(683.2) Voir dans ce sens REYMOND Jacques-André, op. cit. note (682), p. 356: «Logiquement, en effet, un tiers ne peut jamais être le véritable bénéficiaire d'un dividende caché.»

^(683.3) HENGGELER J., op. cit. note (682), p. 53ss.

^(683.4) REYMOND Jacques-André, op. cit. note (682), p. 357, note 236. Dans le même sens, mais en droit allemand, voir GESSLER Ernst, Zur handelsrechtlichen verdeckten Gewinnausschüttung, Festschrift für Robert Fischer, 1979, pp. 146-147.

^(683.5) REYMOND Jacques-André, op. cit. note (682), p. 357 note 237.

^(683.6) Ibidem, pp. 356-357.

Cette définition ne doit toutefois pas être interprétée trop largement, car elle pourrait conduire à considérer que tous les transferts effectués au sein d'un groupe sont des distributions cachées de bénéfiques, étant donné qu'ils visent toujours soit l'intérêt des contrôleurs (principe du siphon), soit l'intérêt du groupe dans son ensemble (principe des vases communicants), c'est-à-dire indirectement aussi l'intérêt des contrôleurs. A la limite, on pourrait même en arriver à voir un dividende caché dans la prestation d'une société mère à sa filiale, ce qui serait aller manifestement trop loin ^(683.7). Il y a donc lieu, à notre avis, de limiter la qualification de distribution cachée de bénéfiques aux transferts qui, même s'ils ne sont pas effectués directement à l'actionnaire de la société considérée, augmentent directement son patrimoine (par exemple par l'augmentation de la valeur d'une filiale en cas de transfert d'une société soeur à une autre).

b. Sanctions

Disons tout d'abord que les «distributions cachées de dividendes» n'ont de dividendes que le nom. En effet, selon les auteurs qui se sont penchés sur la question dans la perspective du droit des sociétés, et en particulier PROBST dans sa thèse consacrée au sujet ⁽⁶⁸⁴⁾, est exclue (et donc selon eux nulle) toute distribution de «dividendes» qui ne respecte pas les conditions formelles impératives fixées par le CO.

D'une part en effet, selon ces auteurs, aussi longtemps que le bilan annuel n'a pas été accepté par l'assemblée générale il n'y a pas formellement d'actif net disponible et il ne saurait donc être question de distribution de dividendes, quel que soit l'état patrimonial de la société qui les effectue (donc même si celle-ci est parfaitement in bonis). Ainsi RUCKSTUHL:

«Ein Beschluss der Generalversammlung, ohne Jahresbilanz Dividenden auszuzahlen, ist ein Beschluss ohne Kenntnis des Reingewinnes der Gesellschaft. Im moment der Auszahlung kann überhaupt nicht gesagt werden, ob ein solcher existiert oder ob es sich um eine Dividendenauszahlung aus dem Grundkapital handelt. Eventuell existiert im Zeitpunkt des Beschlusses ein Reingewinn, der aber im Laufe des ablaufenden Geschäftsjahres wieder aufgezehrt wird, oder aber der Reingewinn wird erst gegen Ende des Geschäftsjahres erzielt.

^(683.7) Ibidem, p. 357 note 237 in fine: «En revanche, il serait exclu de voir un dividende caché dans la prestation d'une société mère à sa filiale».

⁽⁶⁸⁴⁾ PROBST Dieter C., Die Verdeckte Gewinnausschüttungen nach Schweizerischem Handelsrecht, Thèse, Berne, 1981. Voir aussi RUCKSTUHL François, op. cit. note (685) et SEYDEL Joachim, op. cit. note (682).

Ein Verstoß nun gegen diese Grundstruktur der Aktiengesellschaft gehörende Norm hat die Nichtigkeit des Beschlusses zur Folge.» ⁽⁶⁸⁵⁾

Sera d'autre part également nulle, selon les mêmes auteurs, toute forme de distribution de patrimoine à titre gratuit (qu'une telle distribution soit qualifiée ou non de «dividende») sans que l'assemblée générale ait accepté le principe d'une distribution du bénéfice par hypothèse disponible et qu'elle en ait fixé le montant. Une telle distribution violerait en effet l'article 698 alinéa 2 ch. 3 CO, qui constitue une règle fondamentale du droit de la société anonyme et dont la sanction serait, selon lesdits auteurs, la nullité radicale. Ainsi PROBST:

«Nichtig ist daher jede Verdeckte, nicht von der Generalversammlung genehmigte Gewinnausschüttung, so z.B. die Zahlung eines übersetzten Gehaltes an einem Hauptaktionär, der Verkauf einer Sache an ihn zu einem zu niedrigen Preis oder der Kauf einer Sache von ihm zu einem übersetzten Preis.» ⁽⁶⁸⁶⁾;

et RUCKSTUHL:

«Eine Dividende ohne Dividendenfeststellungsbeschluss ist rechtlich nicht möglich.» ⁽⁶⁸⁷⁾.

RUCKSTUHL justifie également cette conclusion par le fait que la très grande majorité des distributions cachées de bénéfices ne respectent pas l'article 674 CO relatif aux versements obligatoires à effectuer aux réserves légales et statutaires ⁽⁶⁸⁸⁾.

SEYDEL va jusqu'à affirmer, à notre avis à tort, que les distributions cachées de bénéfices sont des actes simulés et qu'ils sont donc nuls en vertu de l'art. 18 CO:

«Die verdeckte Gewinnausschüttung kann ohne weiteres als eine besondere Form der Simulation angesprochen werden» ^(688.1).

La nullité pure et simple semble au demeurant conforme à la jurisprudence publiée. Pour celle-ci en effet, l'acceptation formelle par l'assemblée générale d'un bilan faisant apparaître un bénéfice net disponible et la décision prise par la même assemblée de distribuer tout ou partie de cet actif constituent **la cause**, au

⁽⁶⁸⁵⁾ RUCKSTUHL François, Die Zulässigkeit von Interimsdividenden nach schweizerischem Recht, thèse, Zürich. 1974, p. 50. Cette citation de RUCKSTUHL a été faite à propos des dividendes dits «intérimaires» mais vaut également dans le contexte qui nous occupe.

⁽⁶⁸⁶⁾ RUCKSTUHL François, op. cit. note (685), p. 124, voir aussi p. 50.

⁽⁶⁸⁷⁾ Ibidem, p. 47.

⁽⁶⁸⁸⁾ Ibidem, pp. 50-51.

^(688.1) SEYDEL Joachim, op. cit. note (682), p. 69.

sens de l'article 62 CO, de tout paiement de dividendes aux actionnaires. En d'autres termes, en l'absence des deux décisions de l'assemblée générale dont il vient d'être question, en l'absence donc de dividende formel tel que nous l'avons défini, tout versement de «dividendes» **serait nul en vertu du principe de la causalité** et les montants versés aux actionnaires pourraient leur être réclamés sur la base des dispositions générales sur l'enrichissement illégitime ⁽⁶⁸⁹⁾. Peu importe la bonne foi du bénéficiaire ⁽⁶⁹⁰⁾, sous réserve de l'article 64 CO.

Citons à ce propos l'arrêt du Tribunal fédéral PINGET contre LASSERRE du 11 février 1941:

«... il faudrait que le défendeur eût effectivement touché des dividendes au sens légal du mot, c'est-à-dire une part du bénéfice net indiqué dans le bilan annuel, fixée par l'assemblée générale après versements statutaires au fonds de réserve (art. 629 et 631 CO ancien). Or, en l'espèce, les juges du fait constatent de manière à lier le Tribunal fédéral qu'il n'y a eu ni présentation de bilans, ni attribution au fonds de réserve prévu par l'art. 26 des statuts, ni assemblée générale votant la répartition d'un dividende. Malgré la dénomination de «dividendes» qui leur a été donnée dans la comptabilité, les fr. 6'200.- au total versés au défendeur ne sont en réalité pas des dividendes et, tout comme pour les fr. 36'000.-, leur versement n'a pas de cause juridique valable. La restitution en a donc été ordonnée à bon droit en vertu des dispositions légales sur l'enrichissement illégitime.» ⁽⁶⁹¹⁾

PROBST précise à ce propos que selon lui l'article 678 CO est alors inapplicable car sa prémisses essentielle – une décision de l'assemblée générale – fait par définition défaut en présence d'une distribution cachée de bénéfices ^(691.1). L'application de l'article 678 CO serait d'ailleurs de toute manière inutile vu la nullité de plein droit des transferts:

«Bei einer verdeckten Gewinnausschüttung liegt dagegen kein formeller Generalversammlungsbeschluss vor. Vielmehr werden solche Zahlungen in der Regel von der Verwaltung in Ueberschreitung ihrer Kompetenzen

⁽⁶⁸⁹⁾ Voir ATF 28 II, p. 486; ATF 50 II, p. 59; ATF 72 II, p. 296. De cela il découle que le délai de prescription de l'action est, dans cette hypothèse, de 10 ans en vertu de l'article 67 CO.

⁽⁶⁹⁰⁾ PROBST Dieter C., op. cit. note (684), p. 152, cité infra.

⁽⁶⁹¹⁾ SJ 1941 pp. 263ss, 268.

^(691.1) PROBST Dieter C., op. cit. note (684), p. 152: «Voraussetzung für die Anwendung von Art. 678 OR ist daher das Vorliegen eines Generalversammlungsbeschlusses über die Verwendung des Gewinnes, der in Tat und Wahrheit gar nicht in diesem Umfange hätte ausgeschüttet werden dürfen und nur möglich würde, weil gesetzliche Bestimmungen wie Bewertungsvorschriften oder Reservenzuweisungspflichten verletzt worden sind.»

vorgenommen. Daher scheint uns, dass eine verdeckte Gewinnausschüttung nicht Gegenstand einer Klage im Sinne von Art. 678 OR sein kann, sondern entsprechend den allgemeinen Bereicherungsnormen von Art. 62ff OR zu behandeln ist. Die Pflicht zur Rückerstattung besteht demnach bei verdeckten Gewinnausschüttungen auch dann, wenn der Bereicherte gutgläubig sein sollte.» ⁽⁶⁹²⁾

Nous pensons quant à nous que la **nullité radicale est excessive**. En premier lieu, elle ne nous semble en effet pas nécessaire dans la perspective de la sauvegarde du principe considéré. Elle met en outre en péril la sécurité du droit et menace injustement les intérêts de tiers qui sont totalement étrangers aux vices (formels ou matériels) qu'elle souhaite sanctionner. Nous pensons ici en particulier aux personnes qui sont devenues créancières (externes) du bénéficiaire seulement après une distribution cachée de bénéfices: la nullité ex tunc de celle-ci, constatée éventuellement plusieurs années après la distribution envisagée, pourrait leur porter gravement préjudice, car elle affecterait directement l'état d'endettement de leur propre débiteur.

Nous croyons au contraire qu'il faut restreindre l'hypothèse de la nullité aux cas où non seulement il n'y a pas de décision de l'assemblée générale (vice formel), mais encore, cumulativement, lorsqu'il n'y a pas de «bénéfices», c'est-à-dire lorsqu'à la suite du transfert considéré le capital social ou la réserve légale de la société sont entamés (vice matériel). La nullité radicale se justifie alors, car non seulement il y a violation de dispositions impératives du CO (671 al. 2 ch 3, 680 al. 2 et 698 al. 2 ch. 3), mais des tiers (les créanciers) sont de surcroît directement lésés. Il est vrai qu'ils ne le sont effectivement qu'à partir du moment où la société est surrendettée. Ils ne le sont que potentiellement si la société demeure in bonis bien que son capital social ou sa réserve légale aient été entamés. Pour cette raison, il serait également possible de soutenir que la nullité radicale doit être limitée exclusivement à l'hypothèse du surrendettement. Quoi qu'il en soit, la nullité devra en pratique faire l'objet d'une action en constatation de droit dans le cadre de laquelle la masse en faillite demandera la restitution des bénéfices cachés sur la base des art. 62 ss CO. On rappellera à ce propos que le délai de prescription est toutefois d'un an seulement depuis la connaissance du droit à la répétition (67 CO), ce qui fera souvent échec à l'action.

Nous préconisons en revanche l'annulabilité (et non la nullité) dans le cas où, bien qu'il n'y ait pas de décision de l'assemblée générale (vice formel), la société est in bonis après la distribution cachée de bénéfices envisagés (absence de vice matériel), voire même si son capital social ou sa réserve légale sont entamés, mais que la société n'est pas surrendettée. Nous croyons que l'article 678 CO est alors

⁽⁶⁹²⁾ PROBST Dieter C., op. cit. note (684), p. 152.

applicable comme base légale de l'action en annulation, malgré ce qu'affirme PROBST ^(692.1) et ce que semble dire BURGI ⁽⁶⁹³⁾.

A notre avis **l'action révocatoire reste en toute hypothèse applicable alternativement. C'est là d'ailleurs une raison supplémentaire de ne pas souscrire à la théorie en apparence simple, mais en réalité très risquée, de la nullité radicale généralisée.** Nous avons vu en effet que l'action révocatoire est précisément destinée à obtenir l'annulation de transferts effectués sans contre-prestation et que, interprétée téléologiquement dans le contexte des groupes de sociétés, elle permet effectivement à la masse du débiteur failli d'obtenir la restitution de tous les transferts effectués sans contre-prestation, qu'ils soient ou non prétendument des «dividendes» ou des «bénéfices» cachés.

Il est vrai que l'application des dispositions sur l'action révocatoire repose ici la délicate question de savoir si une distribution de «dividendes» à un actionnaire est ou non un acte de disposition sans contre-prestation. Nous avons déjà vu à cet égard⁽⁶⁹⁴⁾ que le dividende peut-être considéré comme la rémunération du capital-risque investi par l'actionnaire dans une entreprise, donc la contre-prestation d'un apport et d'un risque. Cela nous semble vrai, mais seulement dans certaines limites, en particulier matérielles, prévues par le CO. Le caractère «onéreux» du transfert d'un dividende, même caché, ne pourrait donc pas être opposé à l'action révocatoire dans tous les cas où les dividendes apparaissent nuls – ou annulables – dans la perspective des règles qui régissent le droit des sociétés.

Rappelons enfin que l'action en responsabilité des administrateurs reste également ouverte pour le cas où il s'avérerait impossible de récupérer les «bénéfices» distribués (par exemple dans l'hypothèse où l'actionnaire-bénéficiaire est également en faillite et donc incapable de rembourser) ⁽⁶⁹⁵⁾.

Cet examen des «dividendes» payés sans qu'aient été respectées les conditions formelles prévues à cet effet par le CO, nous conduit ainsi à formuler les conclusions suivantes:

1. Les transferts de patrimoine effectués par le débiteur en faveur de son actionnaire (directement ou par l'intermédiaire d'un autre membre du groupe) en l'absence des décisions formelles nécessaires de l'assemblée générale, constituent ce qu'il est convenu d'appeler des «distributions cachées de bénéfices» ou de «dividendes».

^(692.1) Voir supra note (691.1).

⁽⁶⁹³⁾ BURGI F. Wolfhart n° 9 ad art. 678 CO semble en effet supposer que l'article 678 CO n'est applicable qu'en présence d'une décision de l'assemblée générale (absence de vice formel). Nous ne pensons pas qu'il y ait de raison de réduire ainsi la portée de cette disposition.

⁽⁶⁹⁴⁾ Voir supra, p. 86.

⁽⁶⁹⁵⁾ PROBST Dieter C., op. cit. note (684), p. 157 et BURGI F. Wolfhart, n° 43 ad art. 678 CO.

2. Si, à la suite d'une distribution cachée de dividendes, le débiteur est in bonis (hypothèse 2.1, supra p. 235), voire éventuellement si son capital social ou sa réserve légale sont entamés mais sans qu'il soit surendetté (hypothèse 2.2, supra p. 235), le transfert considéré n'est pas nul, mais seulement annulable. L'art. 678 CO est applicable par analogie, en concours alternatif avec les normes sur l'action révocatoire. Il y a donc lieu de redimensionner les conclusions à notre avis trop radicales des thèses de PROBST et de RUCKSTUHL.

3. Si en revanche le débiteur est surendetté à la suite d'une distribution cachée de dividendes (hypothèse 2.3, supra p. 235), le transfert considéré est nul et il pourra donc faire l'objet d'une action en restitution basée sur l'art. 62 ss. CO. Ici aussi, les dispositions de la LP sur l'action révocatoire restent applicables, en concours alternatif avec celles régissant l'enrichissement illégitime.

§ 2. Les dividendes formellement déclarés

L'hypothèse du dividende formellement déclaré par l'assemblée générale de la société (compétence inaliénable de celle-ci: art. 698 al. 2 ch. 3 CO) (hypothèse I supra. p. 234) se subdivise elle-même en deux branches: selon que les dividendes versés entament ou non la part du patrimoine social (capital social et réserve légale) qui est déclarée non distribuable par le CO.

a. Non couverts par l'actif disponible

Si le dividende versé n'est pas totalement couvert par l'actif net disponible de la société concernée (hypothèse 1.2 supra, p. 234) et a fortiori si l'effet du paiement considéré est de provoquer le surendettement de celle-ci (hypothèse 1.3 supra, p.234), alors il s'agit en tout ou partie d'un **dividende dit «fictif»**, c'est-à-dire d'un dividende qui excède le montant que la société était matériellement autorisée à distribuer à ses actionnaires, et ce, bien entendu, indépendamment du fait que les formes aient été ou non respectées pour procéder à la distribution en question:

«Man spricht in solchen Fällen von fiktiven Dividenden d.h., von Dividenden, die streng genommen keine sind, weil sie begrifflich Teil des Reingewinnes der Gesellschaft sein müssen.» ⁽⁶⁹⁶⁾

⁽⁶⁹⁶⁾ BURGI F. Wolfhart, n° 22 ad art. 678 CO. Voir aussi RUCKSTUHL François, op. cit., note (685), p.45.

Le transfert constitue dans ce cas une restitution du capital de la société à ses actionnaires dans une forme autre que celle – seule autorisée – de la procédure de réduction du capital social et viole donc l'art. 680 al. 2 CO ⁽⁶⁹⁷⁾. Le montant indûment transféré peut être réclaté par l'administration de la masse ⁽⁶⁹⁸⁾ à l'actionnaire de mauvaise foi ⁽⁶⁹⁹⁾ en vertu de l'article 678 al. 1 CO ⁽⁷⁰⁰⁾, qui instaure ce que GUHL appelle la «Rückforderungsklage»^(700.1):

«L'actionnaire qui a perçu indûment et de mauvaise foi des dividendes ou des intérêts intercalaires est tenu à restitution. (...)»

S'agissant d'un actionnaire interne, soit en principe nanti des informations nécessaires, sa bonne foi ne saurait être à notre avis que très difficilement admise. Nous nous rallions à cet égard pleinement à l'opinion de DALLEVES, exprimée relativement à l'application de l'art. 678 CO aux contrats de transfert de bénéficiés:

«Toutefois, lorsqu'il s'agit d'un contrat de transfert de bénéficiés passé entre une société-mère et une filiale, on admettra en règle générale que la société-mère était informée de la situation, ou du moins aurait pu ou dû l'être en usant de l'attention commandée par les circonstances.» ⁽⁷⁰¹⁾

Ainsi donc, tous les paiements de dividendes effectués dans le respect des formes prescrites par le CO, mais non de ses règles matérielles (car portant atteinte au patrimoine non disponible) sont annulables et devront en principe être restitués sur la base des dispositions du CO. Tout comme en l'absence de la réalisation des conditions formelles (supra § 1), nous pensons qu'il y a concours alternatif entre les dispositions du CO (art. 678) et les articles 285 ss LP, même si en pratique, en cas de faillite, les conditions objectives (préjudice des créanciers) et subjectives (mauvaise foi du bénéficié) sont identiques pour les deux types d'actions. Le délai de prescription lui-même est, dans les deux hypothèses, de cinq ans à compter de la commission de l'acte (art. 292 LP et 678 al. 2 CO).

⁽⁶⁹⁷⁾ BURGIF, Wolfhart, n° 30 ad art. 680 CO; RUCKSTUHL François, op. cit. note (685), pp. 7 et 45: «Fiktive Dividenden verletzen also der Grundsatz, dass dem gebundenen Gesellschaftsvermögen keine Substanz entzogen werden darf». Voir aussi DALLEVES Louis, op. cit. note (7), p. 673 et les auteurs cités note 4.

⁽⁶⁹⁸⁾ BURGIF, Wolfhart, op. cit. note (685), n° 39 ad art. 678 CO.

⁽⁶⁹⁹⁾ Ibidem, n° 11 à 15 ad art. 678 CO.

⁽⁷⁰⁰⁾ Ibidem, n° 1ss, en particulier 22, 31, 39 ad art. 678 CO.

^(700.1) GUHL Theo, Das schweizerische Obligationenrecht, 7^e ed., 1980, p. 642.

⁽⁷⁰¹⁾ DALLEVES, Louis, op. cit. note (7), pp. 672-673. Dans le même sens, voir BURGIF, Wolfhart, n° 13 et 14 ad art. 678 CO.

b. Couverts par l'actif disponible

Il apparaît ainsi que la seule hypothèse dans laquelle la question du concours entre l'action révocatoire et les dispositions du CO sur la distribution de dividendes pose un réel problème sur le plan pratique est celle dans laquelle des dividendes sont versés par une société à ses actionnaires dans le respect des règles tant formelles que matérielles du CO, c'est-à-dire dans l'hypothèse où un transfert de patrimoine, formellement déclaré comme dividende, n'entame ni la capital social, ni la réserve légale de la société envisagée (hypothèse 1.1. supra, p. 234). En pareil cas, le transfert considéré sera pleinement valable aux yeux du CO. Sera-t-il en revanche annulable si – comme nous l'avons admis par hypothèse de raisonnement – il remplit les conditions d'application des art. 286 ou 288 LP? En d'autres termes, les règles du CO doivent-elles être considérées ici comme *lex specialis* par rapport à celles de la LP ou y a-t-il entre elles concours alternatif? Tel est exactement le problème qui s'est posé aux Etats-Unis ⁽⁷⁰²⁾.

Si la réponse semble relativement évidente en droit américain, elle l'est moins en Suisse. Cela est dû en particulier à ce que, comme nous l'avons vu, le droit américain des sociétés est en général beaucoup plus permissif que le droit suisse en ce qui concerne les distributions de patrimoine aux actionnaires. On aboutirait donc souvent aux Etats-Unis à un résultat choquant si l'on admettait que les règles du droit des sociétés en question excluent l'application de celles qui régissent l'action révocatoire ⁽⁷⁰³⁾. Rappelons aussi toutefois que cette opinion tend à se modifier avec le renforcement de la sévérité du droit des sociétés en la matière, à tel point que le projet de Model Business Act de 1979 prévoit d'exclure expressément l'applicabilité de l'action révocatoire lorsque le droit des sociétés est respecté ⁽⁷⁰⁴⁾.

Suivant le même raisonnement on pourrait soutenir en Suisse que, vu le caractère suffisamment protecteur des règles du CO en matière de distribution de dividendes, il est préférable de considérer que celles-ci constituent des «*lex specialis*» par rapport aux art. 285 ss LP. Il est également vrai toutefois que le principe du «capital social» sur lequel se fondent les règles du CO en question, ne garantit pas que le débiteur soit **suffisamment capitalisé** au sens économique (et américain ⁽⁷⁰⁵⁾) du terme. Rappelons que ce risque est particulièrement accentué s'agissant de sociétés de groupe car celles-ci, à la différence des sociétés isolées, sont viables à long terme même si elles sont sous-capitalisées ⁽⁷⁰⁶⁾. En Suisse donc, le risque existe qu'une société continue à payer des dividendes à ses actionnaires

⁽⁷⁰²⁾ Supra, pp. 226ss «*lex specialis*» ou «additional safe-guards».

⁽⁷⁰³⁾ Voir supra, pp. 227s.

⁽⁷⁰⁴⁾ Voir supra, pp. 230ss.

⁽⁷⁰⁵⁾ Voir art. 5 UFCA et supra, pp. 167ss.

⁽⁷⁰⁶⁾ Voir supra, en particulier p. 173.

alors même qu'elle est insuffisamment capitalisée. L'augmentation du capital social minimum de fr. 50'000.— à fr. 100'000.— prévu par le projet de modification du droit de la société anonyme de 1983 ⁽⁷⁰⁷⁾ n'y changera en pratique pas grand chose.

Dans cette hypothèse en particulier, il nous semble donc soutenable que l'action révocatoire pourrait opportunément représenter, en Suisse également, des «additional safeguards» par rapport aux normes du droit des sociétés. La sécurité des transactions ne serait pas excessivement mise en danger, car même si l'on admet ici aussi le concours alternatif entre les normes du CO et celles de la LP, l'actionnaire bénéficiaire des transferts demeure protégé par les conditions d'application des art. 285ss LP et en particulier par celles de l'art. 288 LP. Cette disposition requiert en effet, rappelons-le, que la faillite du débiteur ait été prévisible au moment de l'acte révocable ⁽⁷⁰⁸⁾.

Cette dernière remarque nous conduit d'ailleurs à conclure nos réflexions par la constatation que le délicat problème du concours qui nous occupe ne devrait — théoriquement — jamais se poser en termes conflictuels. Soit en effet la faillite était **prévisible** au moment du transfert considéré: des provisions auraient dès lors dû être constituées au passif du bilan du débiteur (voire certains actifs amortis), ce qui aurait rendu en principe toute distribution de dividendes impossible à due concurrence. Si dans une telle hypothèse la société a néanmoins versé des dividendes, ceux-ci violeraient les règles matérielles du CO (obligation de constituer des provisions pour risque ou d'effectuer des amortissements sur débiteurs) et pourraient donc être annulés sur la base desdites règles. De fait, nous ne sommes plus alors dans l'hypothèse formulée sous 1.1. (supra, p. 234), mais dans celle décrite sous 1.2. ou 1.3. (supra, p. 234). Le problème du conflit entre les règles du CO et celles de la LP ne se pose alors pas, car les conditions d'application de ces deux corps de règles sont réalisées et l'ont aboutit donc dans les deux cas à un résultat identique.

Soit, d'autre part, la faillite du débiteur n'était **pas prévisible** au moment du transfert considéré, par exemple, parce qu'elle a été causée par la faillite imprévisible d'un fournisseur quelques mois après une distribution de dividendes justifiée. Les dividendes ont alors été payés en conformité avec les règles matérielles du CO. Une des conditions essentielles d'application de l'art. 288 LP — la prévisibilité de la faillite ⁽⁷⁰⁹⁾ — ne sera toutefois alors par définition pas réalisée, ce qui exclut toute

⁽⁷⁰⁷⁾ Article 621 du projet de modification du droit de la société anonyme du 23 février 1983 et le message y relatif, pp. 44-45 n° 201.2, voir supra, p. 175.

⁽⁷⁰⁸⁾ Voir à ce sujet supra, pp. 126ss, notre discussion relative aux méthodes de prédiction de la faillite développées par des économistes aux Etats-Unis mais appliquées dans le cadre de normes juridiques, par exemple dans le cadre du § 500 du code des sociétés californien (à ce propos, voir également supra, pp. 230ss et l'article de BEN-DROR Yoav, op. cit. note (664)).

⁽⁷⁰⁹⁾ Voir supra, pp. 126ss.

révocation des dividendes considérés. Dans cette seconde hypothèse le problème du conflit entre les règles du CO et celles de la LP ne se posera donc pas non plus, parce que cette fois l'annulation sur la base des unes comme des autres est exclue.

Ainsi donc, la seule hypothèse dans laquelle l'admission du concours entre les règles du CO sur la distribution de dividendes et les articles 285 ss LP pose un réel problème (celle dans laquelle un dividende serait valable selon le CO et annulable selon la LP) est en principe **logiquement impossible**. Cela étant, si le problème se posait néanmoins en pratique, nous pencherions ici également pour la solution de l'admission du concours alternatif, affirmant ainsi que **les dispositions sur l'action révocatoire demeurent toujours applicables, et qu'elles constituent donc des «additional safeguards» qui viennent renforcer, le cas échéant, les exigences du droit des sociétés.**

§ 3. Les réponses du droit suisse actuel à nos trois questions

Les réponses aux trois questions que nous nous sommes posées précédemment⁽⁷¹⁰⁾ sont donc en substance les suivantes:

1. L'hypothèse d'un transfert qui respecte les règles sur la distribution des dividendes, mais qui est simultanément révocable selon la LP, est en principe exclue. Si elle se présentait néanmoins en pratique, nous pencherions pour l'admission du concours alternatif, donc pour la révocabilité du transfert considéré.
2. Oui, un transfert non révocable selon la LP, mais annulable selon le CO, peut être annulé sur cette base.
3. Un transfert à la fois révocable selon la LP et annulable selon les dispositions du CO sur la distribution de dividendes peut être annulé sur la base (indifféremment) de l'un ou de l'autre de ces deux corps de règles.

⁽⁷¹⁰⁾ Voir supra, p. 224.

IV^{ÈME} PARTIE

**L'ACTION RÉVOCATOIRE
DANS LES GROUPES DE SOCIÉTÉS
DE LEGE FERENDA**

CHAPITRE I: LES PROPOSITIONS DE LA DOCTRINE

Ainsi que nous l'avons vu ⁽⁷¹¹⁾, les quelques rares auteurs qui, à notre connaissance, se sont penchés sur le problème de la portée de l'action révocatoire dans les groupes de sociétés, ont considéré comme inappropriée la protection offerte par les normes actuelles en la matière. C'est ce qui a amené certains d'entre eux à proposer que notre loi sur la poursuite pour dettes et la faillite voie son chapitre consacré à l'action révocatoire complété par une disposition spéciale qui instaurerait un cas de révocation particulier aux groupes de sociétés: la «Konzern-Pauliana».

SECTION I: LA PROPOSITION VISCHER/RAPP

§ 1. Description

Ce sont VISCHER et RAPP qui, en 1968, dans leur ouvrage relatif à la réforme du droit de la société anonyme, proposèrent les premiers d'améliorer la protection des créanciers de sociétés de groupe en instaurant une «action paulienne élargie»:

«Es wäre daher denkbar eine eigene «schweizerische» Lösung zu suchen. Man könnte etwa das Konzernrecht primär auf den Schutz der ausserstehenden Aktionäre beziehen und den Gläubigerschutz in der Art einer erweiterten Pauliana verwirklichen» ⁽⁷¹²⁾.

La proposition de VISCHER/RAPP est la suivante:

«Der Gläubigerschutz wird durch eine Art Pauliana erreicht; im Falle des Konkurses wären alle Vorteile zu erstatten, die eine Person oder ein Unternehmen während der letzten fünf Jahre auf Grund von die Gesellschaft

⁽⁷¹¹⁾ Voir supra, pp. 104ss.

⁽⁷¹²⁾ Frank VISCHER et Fritz RAPP, Zur Neugestaltung des Schweizerischen Aktienrechts, Berne, 1968, pp. 201 et 202.

schädigenden Handlungen und Rechtsgeschäften erhalten hat, sofern nach objektiver Beurteilung anzunehmen ist, dass die Begünstigung auf Grund einer herrschenden Stellung in der Gesellschaft erfolgte. Der nach objektiven Kriterien ermittelte Begünstigte hätte die Möglichkeit, zu seiner Entlastung nachzuweisen, dass er die Herrschaftsmöglichkeit nicht zur Erlangung der Vorteile benutzt hatte.»⁽⁷¹³⁾.

§ 2. Portée de la proposition VISCHER/RAPP

La proposition VISCHER/RAPP est fondée sur la réalité des groupes de sociétés dont nous avons abondamment discuté dans la première partie de cette thèse. Elle tient compte en particulier du fait que les sociétés de groupe sont souvent gérées par une direction (unique) qui leur est extérieure et qui poursuit des intérêts qui peuvent ne pas correspondre à l'intérêt propre de chacune des sociétés groupées et donc être dommageables pour celles-ci. Elle tient également compte des difficultés considérables de preuve auxquelles sont confrontés les créanciers externes de sociétés de groupe lorsqu'ils doivent établir de quelconques conditions subjectives se rapportant à des transferts de patrimoine intervenus entre membres du groupe.

C'est ainsi que VISCHER/RAPP formulent une proposition qui, judicieusement, se veut **essentiellement objective**. Elle pose pour principe que sont automatiquement révocables tous les transferts effectués en faveur d'autres membres du groupe lorsqu'on doit objectivement conclure que ces transferts ont été rendus possibles par le contrôle exercé sur la société considérée. Cela étant, il incombera le cas échéant à ceux des membres du groupe qui ont bénéficié des actes considérés d'apporter chacun la **preuve libératoire** de ce que, pour obtenir l'avantage objectivement révocable, ils n'ont pas fait usage de la faculté de contrôle dont ils bénéficiaient.

Cette proposition est certes séduisante, mais elle soulève deux problèmes fondamentaux en matière d'action révocatoire dans les groupes. Le premier est celui de la démonstration de l'existence d'un transfert. Nous avons vu en effet⁽⁷¹⁴⁾ que cette démonstration est souvent très difficile à apporter parce qu'elle suppose la connaissance des tenants et des aboutissants de chaque opération, parce que dans les groupes il faut également considérer la «compensation indirecte» dont peuvent avoir bénéficié les sociétés apparemment lésées et parce qu'il est souvent impossible d'isoler – comme il faudrait le faire dans la perspective de

⁽⁷¹³⁾ VISCHER/RAPP, op. cit. note (712), p. 202.

⁽⁷¹⁴⁾ Voir supra, pp. 90ss et 113ss.

l'action révocatoire – chacune des opérations lorsque celles-ci sont innombrables ou inextricables.

Le second problème est celui de la démonstration de l'existence d'un pouvoir de contrôle en relation avec le transfert de patrimoine considéré. On sait en effet que la direction unique du groupe est souvent difficile à individualiser, ou même seulement à localiser, et qu'elle s'identifie en pratique rarement avec le bénéficiaire immédiat de l'acte révocable considéré, lequel peut être une société soeur ou cousine, ou même sans lien apparent avec l'auteur de l'acte révocable envisagé.

§ 3. Les échos de la proposition VISCHER/RAPP.

La proposition VISCHER/RAPP est citée sans commentaire par PETIT-PIERRE-SAUVAIN ⁽⁷¹⁵⁾. Sous l'appellation «Konzern-Pauliana» elle a été aussi mentionnée par DRUEY dans son rapport à la Société suisse des juristes en 1980 au titre de moyen de protection des créanciers externes de sociétés de groupe. DRUEY semble toutefois douter de la praticabilité de la condition objective retenue par VISCHER/RAPP, savoir l'«avantage». Il se demande, en effet, sans y répondre:

«Aber was ist Begünstigung?» ⁽⁷¹⁶⁾.

La proposition VISCHER/RAPP n'a pas été discutée dans le cadre du réexamen global de la LP actuellement en cours. On a en effet considéré qu'il était plus judicieux que la question de l'introduction d'une éventuelle «Konzern-Pauliana» soit examinée par la future commission d'experts chargée de l'étude d'un projet de législation suisse sur les groupes de sociétés. Malheureusement cette commission n'a, à ce jour, pas encore été nommée. Cela a pour fâcheuse conséquence que l'on ne trouve aucune trace de l'intéressante proposition VISCHER/RAPP, ni sous forme d'une norme spéciale («Konzern-Pauliana»), ni sous forme d'un élargissement du champ d'application de l'art. 288 LP («erweiterte Pauliana») dans le plus récent avant-projet de réforme de la LP ⁽⁷¹⁷⁾.

A notre connaissance, seul le professeur Lutz KRAUSKOPF ⁽⁷¹⁸⁾ s'est penché sur la question de l'opportunité d'instaurer en Suisse une «Konzern-Pauliana».

⁽⁷¹⁵⁾ PETITPIERRE-SAUVAIN Anne, op. cit. note (7), p. 137 note 82.

⁽⁷¹⁶⁾ DRUEY Jean-Nicolas, op. cit. note (81), p. 331 § 101 et note 156.

⁽⁷¹⁷⁾ Avant-projet de la commission d'experts chargée de réexaminer globalement la LP, adressé au Département fédéral de justice et police en décembre 1981, (p. 123ss art. 285ss), Titre 10^{ème}: De la révocation.

⁽⁷¹⁸⁾ Professeur extraordinaire à l'Université de Fribourg et vice-directeur de l'Office fédéral de la justice, Berne.

Lors de l'assemblée annuelle de la Société suisse des juristes de 1980, à la suite des rapports DRUEY et RUEDIN, KRAUSKOPF exposa en effet qu'à son avis l'ordre juridique suisse devrait s'équiper d'une base légale permettant, dans certains cas, d'étendre la responsabilité de la société dominante aux dettes des sociétés qu'elle domine, dans l'hypothèse où ces dernières tombent en faillite ⁽⁷¹⁹⁾.

SECTION II: LA PROPOSITION KRAUSKOPF

§ 1. Description.

KRAUSKOPF part du principe que les cas qui relèvent de l'action révocatoire entre sociétés de groupe **peuvent être assimilés à des cas de responsabilité des actionnaires dominants du débiteur**, c'est-à-dire, en général, de la société mère.

Or, il constate qu'en droit actuel, le seul moyen de faire supporter à une société mère les dettes de sa filiale, réside dans le principe dit du «Durchgriff» ⁽⁷²⁰⁾. Il relève toutefois que ce principe s'avère peu adéquat lorsque, en cas de faillite d'une filiale, on cherche à faire supporter tout ou partie du passif de celle-ci par la société qui la domine. En effet, la jurisprudence relative au «Durchgriff» est très restrictive et elle concerne essentiellement des cas d'«Einmanngesellschaft». Etant par ailleurs fondée sur l'article 2 CCS, elle n'intervient que ponctuellement et exceptionnellement en cas d'abus de droit manifeste. Dans sa conception actuelle, le «Durchgriff» ne permet donc pas de sanctionner de manière générale l'état de fait que constituent les groupes de sociétés.

Pour cette hypothèse particulière, KRAUSKOPF propose la création d'une base légale nouvelle, comprenant une condition commune et trois éléments constitutifs **alternatifs** ^(720.1), dont il formule le projet comme suit:

⁽⁷¹⁹⁾ Intervention du Professeur Lutz KRAUSKOPF, procès-verbal de l'Assemblée générale du 13 septembre 1980. RDS 1980, Vol. II, pp. 429ss.

⁽⁷²⁰⁾ Voir à ce propos HOMBURGER Eric, Zur «Durchgriff» im Schweizerischen Gesellschaftsrecht, RSJ 1971, pp. 249ss et le récent article de EBENROTH C. Th., op. cit. note (621), SAG 1985, p. 124ss.

^(720.1) Le fait que les conditions énoncées sous chiffres 1, 2 et 3 de sa proposition soient alternatives résulte du commentaire de l'auteur, op. cit. note (719), p. 432: «oder» ainsi que, à notre avis, du sens même du projet d'article.

«Wird über die Gesellschaft der Konkurs eröffnet, so haften den Gläubigern für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft diejenigen Aktionäre, auf deren Veranlassung Massnahmen oder Rechtsgeschäfte stattfanden oder unterblieben und somit

1. gesetzliche und statutarische Vorschriften in massgeblicher Weise verletzt wurden, insbesondere falls Vermischung der Vermögenswerte oder Geschäftsangelegenheiten zwischen der Gesellschaft und den Aktionäre vorliegen;
2. die Gesellschaft einen massgeblich zur Zahlungsunfähigkeit beitragenden Schaden erlitten hat und die ausgeübte Beherrschung offensichtlich nicht durch Zweck oder wirtschaftliche Lage der Gesellschaft zu rechtfertigen war;
3. der Anschein erweckt wurde, dass sie für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften werden». ⁽⁷²¹⁾

Bien que, nous l'avons vu ^(721.1), ses préoccupations concernent essentiellement la responsabilité de l'actionnaire dominant pour les dettes de la société dominée, KRAUSKOPF propose d'intégrer cette disposition dans la LP, dans le chapitre relatif à l'action révocatoire:

«Als sede materiae scheint mir das SchKG geeignet, und dort im Anschluss an die Pauliana». ⁽⁷²²⁾.

§ 2. Portée de la proposition KRAUSKOPF

La proposition KRAUSKOPF présente tout d'abord l'intérêt de **ne pas dépendre d'une définition du groupe**. Son auteur affirme en effet que ce n'est pas le groupe en tant que tel (stricto sensu) qui donne lieu au problème des transferts injustifiés qui nous occupe. C'est bien plutôt le rapport de domination, lequel est également présent en cas de société à actionnaire unique ou de tout autre situation dans laquelle une société est contrôlée par des personnes physiques ou par une autre société:

«Nicht nur Konzernverhältnisse, sondern auch Einmann-Aktiengesellschaften und andere Beherrschungsverhältnisse sollten erfasst werden. Daher wird der Ausdruck «Muttergesellschaft» als zu einschränkend vermieden» ⁽⁷²³⁾.

⁽⁷²¹⁾ KRAUSKOPF Lutz, op. cit. note (719), pp. 430-431.

^(721.1) Voir supra, p. 254.

⁽⁷²²⁾ KRAUSKOPF Lutz, op. cit. note (719), p. 431.

⁽⁷²³⁾ KRAUSKOPF Lutz, op. cit. note (719), p. 432.

Malheureusement KRAUSKOPF limite, semble-t-il, le cercle des personnes susceptibles d'exercer ledit «contrôle» aux actionnaires de la société considérée sans toutefois, il est vrai, fixer un taux minimum à leur participation. Sous cette réserve, relevons que la démarche proposée par KRAUSKOPF est en définitive celle suggérée en prémisses à cette thèse ⁽⁷²⁴⁾: ne pas faire dépendre l'application des normes que l'on décidera d'adopter d'une définition stricte du groupe, car celle-ci est impossible à formuler de manière adéquate et de toute manière en général trop limitative. De surcroît, quelle que soit la définition choisie, celle-ci sera probablement rapidement contournée par la pratique, rendant stérile l'intervention législative souhaitée. Comme le relevait en effet HIRSCH:

«(...) l'on connaît les difficultés considérables de définition qu'ils (les groupes) comportent. Ces difficultés seraient-elles surmontées et les groupes définis, que l'on ouvrirait la porte à de multiples tentations de tourner cette définition.»⁽⁷²⁵⁾.

KRAUSKOPF a ainsi recours à la notion de «Beherrschungsverhältnis», à laquelle nous avons préféré celle, plus large encore, d'interne («insider») ⁽⁷²⁶⁾; mais le principe auquel nous recourons est en définitive le même.

La proposition KRAUSKOPF présente ensuite l'avantage d'être **purement objective**. La société mère répondra en effet automatiquement des dettes de sa filiale sitôt que l'un seul des trois états de fait décrits sera réalisé. Comme l'ont fait VISCHER/RAPP – et d'ailleurs la plupart des auteurs qui se sont penchés sur la question – KRAUSKOPF tire là opportunément les conclusions pratiques de la quasi-impossibilité pour des créanciers externes de démontrer un quelconque élément subjectif relatif au débiteur, à ses actionnaires ou à la direction unique du groupe. Il est vrai que cette automaticité de la responsabilité de l'actionnaire dominant va très loin. Il se peut toutefois qu'elle représente la moins mauvaise solution dans la perspective des intérêts en présence.

La proposition KRAUSKOPF présente enfin la qualité d'être synthétique. Elle est d'ailleurs décrite, par son auteur même, comme ayant un champ d'application plus étendu qu'une simple action paulienne:

⁽⁷²⁴⁾ Voir supra, pp. 35ss.

⁽⁷²⁵⁾ HIRSCH Alain, intervention lors de l'AG de la SJJ de 1980, RDS 1980, vol. II, p. 413. Dans le même sens, voir HIRSCH Alain, Les groupes de sociétés et les sociétés multinationales en droit suisse. op. cit. note (381), p. 77.

⁽⁷²⁶⁾ Pour une définition du terme «interne», voir supra. pp. 43ss.

«Mein Vorschlag gilt dem Gläubigerschutz im Konkurs, ist aber von ausgedehnterer Zielsetzung, als es etwa eine erweiterte paulianische Aufhebungsklage sein könnte.» ⁽⁷²⁷⁾

Elle veut englober, en effet, outre les hypothèses visées par VISCHER/RAPP, un certain nombre d'autres situations, étrangères à l'action révocatoire proprement dite, en présence desquelles on propose parfois d'élargir la responsabilité de la société dominante. Ainsi par exemple le cas de la responsabilité fondée sur l'**apparence** («Anschein»), qui constitue la troisième hypothèse alternative de la proposition KRAUSKOPF ⁽⁷²⁸⁾, ou celui de la **sous-capitalisation** de la société dominée:

«Daneben gibt es jedoch noch viele andere Formen der Ausübung von Beherrschung. So ergibt zum Beispiel der Verzicht auf Productkforschung, was zum wirtschaftlichen Niedergang der Gesellschaft führt, keinen Ansatzpunkt für eine Anfechtungsklage; ebensowenig wäre dies bei Unterkapitalisierung der Fall. Dagegen würde Ziff. 2 des hier formulierten Vorschlages eingreifen.» ⁽⁷²⁹⁾

Cet effort de synthèse s'est toutefois fait, à notre avis, au détriment de la prise en considération de certaines caractéristiques des groupes de sociétés. Il ne nous semble pas en effet que l'on puisse partir du principe – comme le fait KRAUSKOPF probablement parce que sa proposition est inspirée du «Konzernrecht» allemand^(729.1) – que les actionnaires directs du débiteur sont en règle générale les bénéficiaires de l'acte révocable. Nous avons vu en effet qu'au sein des groupes le contrôle et les transferts de ressources ou de patrimoine ne suivent pas nécessairement la structure des participations. **Les transferts interviennent en effet souvent entre sociétés soeurs ou cousines, c'est-à-dire entre sociétés non directement liées par un rapport d'actionariat.** Les raisons à cela peuvent être diverses; ce peut être simplement dû à la structure de l'entreprise, ou parfois aussi destiné à créer l'apparence que le contrat considéré a été négocié «at arm's length» et tenter ainsi d'éviter le risque d'une reprise fiscale fondée sur la théorie des «dividendes cachés» que nous avons examinée précédemment ⁽⁷³⁰⁾.

⁽⁷²⁷⁾ KRAUSKOPF Lutz, op. cit. note (719), p. 431.

⁽⁷²⁸⁾ A propos de la responsabilité fondée sur l'apparence dans les groupes de sociétés, voir en particulier: RODIERES René, Note de jurisprudence, Revue des sociétés, 1974, p. 516; SCHMIDT Dominique, La responsabilité civile dans les relations de groupes de sociétés, Revue des sociétés, 1981, p. 733.

⁽⁷²⁹⁾ KRAUSKOPF Lutz, op. cit. note (719), p. 431.

^(729.1) Comme l'admet l'auteur lui-même: «Der Vorschlag ist zwar von der deutschen Gesetzgebung nicht unbeeinflusst...», ibidem, p. 434.

⁽⁷³⁰⁾ Voir supra, pp. 236ss.

Ainsi donc, la proposition KRAUSKOPF risque de conduire à la condamnation de l'actionnaire du débiteur – par définition interne – alors que celui-ci n'a en réalité pas bénéficié de l'acte révocable considéré. A moins que dans ce cas l'on décide d'exclure la responsabilité dudit actionnaire, mais alors la proposition ne semble pas offrir de moyen de s'en prendre au réel contrôlaire ou au réel bénéficiaire.

Nous croyons en définitive qu'il serait opportun de substituer le mot «actionnaire» prévu dans la proposition KRAUSKOPF par «bénéficiaire interne de l'acte révocable», en ajoutant éventuellement «même à titre indirect». Cela permettrait d'appréhender, en théorie dans tous les cas, le réel bénéficiaire de l'acte considéré. Il est vrai que notre suggestion soulève d'autres problèmes, par exemple celui de l'identification de la direction unique ou du bénéficiaire. Relevons cependant que le concept de «direction unique» ainsi que celui d'«interne» sont de toute manière déjà sous-jacents à la proposition formulée par KRAUSKOPF, qui exige en effet la démonstration de ce que l'actionnaire ait usé de son «influence» («Veranlassung») sur le débiteur considéré. KRAUSKOPF est d'ailleurs lui-même conscient de la difficulté que cette condition d'application représente, puisqu'il discute expressément ce point. Il relève toutefois avec raison que ce serait aller trop loin que de supprimer toute référence à l'«influence», ou au «pouvoir de contrôle», caractéristiques fondamentales des groupes de sociétés, car cela équivaldrait à créer une responsabilité causale dans des cas où elle n'aurait aucune raison d'être:

«Es scheint jedoch Zweifelhaft, ob dem zugestimmt werden kann und somit eine Art Kausalhaftung eingeführt werden sollte. Ohne die Schwierigkeiten zu verkennen, die ein Nachweis der «Veranlassung» auswirft, dürfte dochwohl nicht zu weit gegangen werden.» ⁽⁷³¹⁾

KRAUSKOPF voit une solution au problème de l'établissement de l'existence du contrôle par l'institution d'une «Sonderprüfung» qui aurait pour but d'établir s'il y a eu ou non «influence» dommageable de la société dominante sur les activités de sa filiale ⁽⁷³²⁾.

⁽⁷³¹⁾ KRAUSKOPF Lutz, op. cit. note (719), pp. 432-433.

⁽⁷³²⁾ KRAUSKOPF Lutz, op. cit. note (719), p. 433. L'idée du «contrôleur spécial» a déjà été proposée par plusieurs auteurs dans le contexte des groupes de sociétés. Ainsi RUEDIN Roland, Vers un droit des groupes de sociétés, op. cit. note (7), pp. 202 à 206; PETITPIERRE-SAUVAIN Anne, op. cit. note (7), p. 32 n° 63, qui cite (note 61) l'«expert-enquêteur» prévu par la loi française du 24 juillet 1966 (art. 226) pour examiner des opérations de gestion que les actionnaires minoritaires estiment injustifiées.

§ 3. Les échos de la proposition KRAUSKOPF

A notre connaissance, la proposition formulée par KRAUSKOPF n'a, à ce jour, pas suscité de commentaires. Tout comme la proposition VISCHER/RAPP, elle sera, le cas échéant, discutée par la commission chargée de l'étude d'un projet de législation suisse sur les groupes de sociétés, si toutefois celle-ci voit jamais le jour, ce qui semble désormais peu probable.

Indépendamment de la question de savoir si notre ordre juridique est prêt – ce dont nous doutons – à franchir le pas en définitive très important suggéré par KRAUSKOPF, nous pensons qu'il serait regrettable de ne pas poursuivre la réflexion que ce dernier propose afin d'en tirer, même de manière plus limitée, une Konzern-Pauliana qui pourrait figurer dans le projet de révision de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite. Cet espoir semble partagé par certains des «milieux intéressés» qui se sont exprimés à l'occasion de la procédure de consultation relative au projet précité, en particulier la Fédération Suisse des Avocats et le canton de Zurich, lequel propose d'ailleurs dans ce sens un projet rédigé d'article 288 al. 2 LP sur lequel nous revenons au chapitre suivant ⁽⁷³³⁾.

⁽⁷³³⁾ Résultat de la procédure de consultation sur l'avant-projet, avril 1984, p. 762, voir infra, p. 263.



CHAPITRE II: LE PROJET DE RÉVISION DE LA LP

§ 1. Le regrettable conflit (négatif) de compétence entre les commissions législatives.

On l'a vu ⁽⁷³⁴⁾, motif pris de la prétendue compétence en la matière de la commission chargée d'élaborer un droit suisse sur les groupes de sociétés, le plus récent projet de révision de la LP ⁽⁷³⁵⁾ ne prévoit ni normes spéciales sur l'action révocatoire dans les groupes («Konzern-Pauliana»), ni élargissement du champ d'application de l'article 288 LP pour l'adapter à la réalité des groupes de sociétés («erweiterte Pauliana»).

Cela nous paraît particulièrement regrettable. Il semble en effet désormais acquis qu'à la suite notamment de la peu concluante expérience allemande ⁽⁷³⁶⁾ ainsi que d'un certain recul pris par la doctrine face au problème, la conviction de la nécessité d'un «Konzernrecht» en Suisse s'est très sérieusement estompée. Certains des auteurs qui avaient plaidé en faveur d'un droit des groupes lors du congrès de la Société suisse des juristes de 1973 n'ont d'ailleurs pas hésité à

⁽⁷³⁴⁾ Supra, p. 253.

⁽⁷³⁵⁾ Avant-projet de la commission d'experts chargée de réexaminer globalement la LP, adressé au Département fédéral de justice et police en décembre 1981 (pp. 123ss art. 285ss), titre 10^{ème}: De la révocation.

⁽⁷³⁶⁾ Voir à ce propos notamment LUTTER Marcus, Das Konzernrecht der Bundesrepublik Deutschland: Ziel, Wirklichkeit und Bewährung, SAG 1976, pp. 152ss; LUTTER Marcus, Le droit des Konzerns en RFA s'est-il imposé dans les faits? Droit et pratique du commerce international, 1976, pp. 305ss, 317ss, 320ss; STAUDER Bernd, in La filiale commune, Paris, 1975, p. 84 et note 73; WIEDEMANN Herbert, The German Experience with the Law of Affiliated Enterprises, in Groups of Companies in European Laws, Florence, 1982, pp. 21ss, 33ss.

reconnaître leur perplexité lors du congrès de 1980 ⁽⁷³⁷⁾. Ainsi, si elle est jamais nommée, la commission d'experts chargée de l'étude d'un projet de législation suisse sur les groupes de sociétés ne formulera probablement aucune proposition.

Cela étant, la tendance semble se diriger plutôt vers la création de normes disséminées dans les différents chapitres concernés de notre ordre juridique et destinées à régler chaque fois les problèmes spécifiques posés par les groupes de sociétés. Ainsi par exemple en droit: fiscal (double, voire triple imposition, distribution cachée de bénéfiques); des sociétés (responsabilité des organes, information, protection des actionnaires minoritaires, participations réciproques); des poursuites et de la faillite (action révocatoire); du travail (passage d'un employé d'une société de groupe à une autre); de la concurrence (cartels); bancaire (calcul du rapport entre les risques et les fonds propres); de la comptabilité commerciale (bilans consolidés, mention des lettres de patronage); etc... Dans ce sens s'est notamment exprimé DALLEVES:

«L'existence des groupes de sociétés est un «challenge» à tout notre système actuel de droit des sociétés. Sans chercher à réglementer les groupes comme tels, il conviendrait donc de réexaminer tout le système en tenant compte, dans chaque situation, du phénomène du groupe (...). Tout ceci peut se faire sans qu'il soit indispensable de créer une lourde machinerie du genre Konzernrecht» ⁽⁷³⁸⁾.

Il paraît donc évident que la question de l'opportunité d'inclure une «Konzern-Pauliana» dans le domaine du droit de la poursuite pour dettes et de la faillite doit être examinée dans le cadre de la révision en cours de la LP. Il n'est pas acceptable de reconnaître l'importance du problème et de renvoyer simultanément sa solution à une commission législative (sur le droit des groupes) dont on sait qu'elle demeurera certainement stérile.

⁽⁷³⁷⁾ Voir à ce propos la déclaration faite par DALLEVES à l'occasion de l'AG de la SSI de 1980, RDS 1980, vol. II, p. 419: «Tout ceci peut se faire sans qu'il soit indispensable de créer une lourde machinerie du genre «Konzernrecht» (...) Je me rends compte que cette proposition s'écarte quelque peu des thèses que j'avais formulées dans mon rapport de 1973, mais après sept ans de réflexion, n'est-ce pas le contraire qui serait inquiétant?». Dans le même sens, voir l'intervention de HIRSCH à l'occasion de la même AG de la SSI, (ibidem, pp. 412 à 414). HIRSCH n'a d'ailleurs, semble-t-il, jamais été convaincu de la nécessité ou même seulement de l'opportunité d'édicter un droit des groupes. Il déclarait ainsi à Luxembourg, en 1973 déjà: «Personnellement, je le dis d'emblée, je ne suis guère convaincu de la nécessité d'adopter une législation spéciale sur les groupes de sociétés...» HIRSCH Alain, Les groupes de sociétés et les sociétés internationales en droit suisse, Institut Universitaire International, Luxembourg, juillet 1973, pp. 76ss, 77.

⁽⁷³⁸⁾ DALLEVES Louis, Intervention lors de l'AG de la SSI de 1980, RDS 1980, vol. II, pp. 418-419. Dans le même sens, nous semble-t-il, HIRSCH Alain, ibidem, pp. 412 à 414.

Cela a d'ailleurs été également affirmé par le canton de Zurich dans le cadre de la procédure de consultation sur l'avant-projet de révision de la LP. A cette occasion le Canton de Zurich a en effet déclaré:

«Zur Lösung dieser Frage sollte nicht die Revision des Aktienrechtes abgewartet werden, da die Revision der SchKg einen angemessenen Rahmen darstellt, um diese zusätzliche Anfechtungsmöglichkeit zu begründen» ⁽⁷³⁹⁾.

Et le canton de Zurich de proposer d'ajouter un alinéa 2 à l'article 288 LP dont la teneur serait la suivante:

«Anfechtbar sind schliesslich alle Rechtsandlungen zugunsten oder auf Veranlassung eines Dritten, welcher eine beherrschende Stelle auf den Schuldner ausübt, sofern solche Rechthandlungen innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Pfändung oder Konkursöffnung vorgenommen worden sind und der Dritte nicht nachweist, dass diese angemessen und üblich waren» ⁽⁷⁴⁰⁾,

avec la motivation suivante:

«Mit der vorgeschlagenen Bestimmung soll versucht werden, die Aushöhlung einzelner gegenseitig voreinander abhängigen Gesellschaften zulasten der Gläubiger zu verhindern» ⁽⁷⁴¹⁾.

La Fédération suisse des avocats s'est par ailleurs exprimée dans le même sens. Elle rapporte que la question a été semble-t-il expressément discutée – et malheureusement écartée – au sein de la commission d'experts en relation avec l'article 288 LP:

«Innerhalb der Expertenkommission ist im Zusammenhang mit Art. 288 noch die Frage diskutiert worden, ob ein besonderer Anfechtungstatbestand für diejenigen Rechtshandlungen geschaffen werden sollte, die auf Veranlassung oder zugunsten eines Dritten ausgeübt werden, der auf den Schuldner in rechtlicher oder wirtschaftlicher Hinsicht eine beherrschenden Einfluss ausübt. Damit sollte versucht werden, die Aushöhlung einzelner gegenseitig voreinander abhängigen Gesellschaften zulasten der Gläubiger zu verhindern» ⁽⁷⁴²⁾.

⁽⁷³⁹⁾ Résultats de la procédure de consultation sur l'avant-projet, avril 1984, p. 762.

⁽⁷⁴⁰⁾ Ibidem, p. 762.

⁽⁷⁴¹⁾ Ibidem, p. 762.

⁽⁷⁴²⁾ Ibidem, p. 762.

Une autre idée intéressante dans la perspective des groupes de sociétés semble avoir été écartée par la commission d'experts chargée de réexaminer globalement la LP. Il s'agit d'une proposition que DRUEY avait mentionnée dans son rapport à l'assemblée générale de la Société suisse des juristes de 1980 et dont on ne trouve plus trace dans l'avant-projet: confier dans certains cas la liquidation de la faillite de plusieurs sociétés appartenant au même groupe à une administration unique:

«Die zur Zeit laufenden Arbeiten zur Erneuerung des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes prüfen auch konzernrechtliche Bestimmungen. In Frage kommt eine administrative Vereinheitlichung zur rationellen Erledigung der vielfachen Konzerninternen Rechtsbeziehungen, (...)» ⁽⁷⁴³⁾.

§ 2. Les innovations pertinentes du projet de 1981

S'il n'aborde pas de front le problème qui nous occupe, le projet de révision de la LP de 1981 ⁽⁷⁴⁴⁾ contient néanmoins à notre avis quelques dispositions qui peuvent faciliter l'application de l'action révocatoire, dans sa version actuelle, aux transferts intervenant au sein des groupes de sociétés. Mentionnons brièvement ces quelques dispositions pertinentes:

a. Prolongation des délais de prescription

Le projet porte le délai prévu par les articles 286 et 287 LP à un an (au lieu de six mois actuellement) entre l'acte révocable et la faillite. De plus, en vertu de l'article 287 a (nouveau), ce délai ne court pas en cas de sursis concordataire ou d'ajournement de la faillite. Le délai est en outre porté à **deux ans** dans l'hypothèse de l'article 286 LP «pour les libéralités que le débiteur a faites à une personne physique ou morale qui lui est **proche**». Lors de la procédure de consultation, les «milieux intéressés» ont insisté sur le caractère imprécis du mot «proche» («nachstehend») et sur les difficultés d'interprétation qu'il peut engendrer ⁽⁷⁴⁵⁾. Dans la perspective de cette thèse, il paraît cependant peu contestable que deux sociétés membres d'un même groupe doivent être considérées comme «proches» au sens de cette nouvelle disposition. La proposition de la commission d'experts ne nous semble donc pas souffrir des défauts que certains lui reprochent. Bien que le délai de deux ans puisse paraître encore insuffisant, cette innovation permettra

⁽⁷⁴³⁾ DRUEY Jean Nicolas, op. cit. note (81), § 101, p. 331.

⁽⁷⁴⁴⁾ Voir supra, note (735).

⁽⁷⁴⁵⁾ Résultats de la procédure de consultation sur l'avant-projet d'une révision partielle de la LP, avril 1984, p. 757. Rappelons d'ailleurs que la même proposition est faite en droit allemand, voir supra, pp. 213ss.

en revanche certainement d'étendre considérablement l'importance pratique de la «Schenkungs pauliana» (286 LP) dans les groupes, compte tenu en particulier du fait que l'article 286 LP ne connaît que des conditions d'application objectives.

Enfin, le projet propose très judicieusement d'augmenter de cinq à dix ans le délai de péremption de l'action révocatoire en général (art. 292 LP). Durant cette période, un délai de prescription de deux ans court «à compter du jour où l'ayant droit a eu connaissance de sa prétention révocatoire». Comme le relève la commission d'experts dans son rapport, cet aménagement du délai, couplé avec son extension, «doit permettre à l'administration de la faillite d'agir en temps utile lorsque les faillites sont complexes»⁽⁷⁴⁶⁾, ce qui est en général le cas lors de faillites d'une ou de plusieurs sociétés de groupe.

b. Objectivation de la condition subjective de l'art. 288 LP

Le projet propose d'objectiver l'article 288 LP en renonçant d'une part totalement à la condition subjective de la «connivence du bénéficiaire» et en précisant d'autre part qu'il suffit que l'intention du débiteur de porter préjudice à ses créanciers soit «reconnaissable» (objectivement).

Ainsi que le relève la commission d'experts dans son rapport, ce n'est là en réalité qu'une codification de la jurisprudence existante⁽⁷⁴⁷⁾. Dans l'optique des groupes de sociétés, cette codification sanctionne toutefois le fait que, comme nous l'avons soutenu⁽⁷⁴⁸⁾, les deux conditions subjectives (celle relative au débiteur et celle relative au bénéficiaire) se confondent et se réduisent donc à une condition subjective unique dont la réalisation peut être souvent présumée.

c. For lorsque le bénéficiaire est étranger

L'article 289 alinéa 1 du projet contient une précision intéressante quant au for de l'action révocatoire lorsqu'elle est intentée contre un bénéficiaire qui ne possède pas de domicile en Suisse. Dans ce cas, en effet, l'action pourra être intentée au for de la faillite du débiteur. Cette faculté pourrait à nos yeux s'avérer déterminante dans le contexte des groupes de sociétés lorsque ceux-ci sont multinationaux, ce qui est souvent le cas. Ce d'autant plus que les membres bénéficiaires des transferts révocables sont alors souvent des sociétés domiciliées dans des «paradis fiscaux», en général difficiles d'accès du point de vue judiciaire.

⁽⁷⁴⁶⁾ Rapport sur l'avant-projet de la commission d'experts, décembre 1981, pp. 102 et 103.

⁽⁷⁴⁷⁾ Rapport sur l'avant-projet de la commission d'experts, p. 100.

⁽⁷⁴⁸⁾ Voir supra, pp. 118ss, Confusion des conditions objectives.

CHAPITRE III: LES ENSEIGNEMENTS DES DROITS AMÉRICAIN, ALLEMAND ET ITALIEN

§ 1. Les enseignements du droit américain

Nous pensons que certains des principes issus de l'expérience américaine, tant judiciaire que législative, méritent d'être retenus en Suisse de lege ferenda. Nous nous limitons à en donner ici le catalogue, renvoyant pour le surplus aux développements que nous y avons consacrés précédemment:

a. Insolvenzpaulania

Le cas de révocation dans l'hypothèse de l'insolvabilité (proprement dite) du débiteur (§ 6 UFCA) ⁽⁷⁴⁹⁾ est intéressant. L'insolvabilité peut en effet intervenir avant le surendettement. Ce cas de révocation peut donc constituer une garantie accrue en faveur des créanciers externes.

b. Unterkapitalisierungspauliana

Nous nous sommes appliqué à démontrer que ce cas de révocation, prévu aux Etats-Unis par le § 5 UFCA et repris par le BRA ⁽⁷⁵⁰⁾, est particulièrement efficace pour sanctionner les actes révocables qui interviennent entre sociétés de groupe. Celles-ci sont en effet fréquemment sous-capitalisées, ce qui leur est possible du fait des particularités que présente la structure de groupe. Rappelons que ce cas de révocation est inclus, sous une forme plus générale, dans la proposition KRAUS-KOPF de «Konzern-Pauliana» ⁽⁷⁵¹⁾.

c. Renversement du fardeau de la preuve

Nous avons vu que la jurisprudence américaine, au terme d'une longue évolution animée par des préoccupations d'équité et de réalisme économique, a adopté le principe général du renversement du fardeau de la preuve de la

⁽⁷⁴⁹⁾ Voir supra, pp. 175s.

⁽⁷⁵⁰⁾ Voir supra, pp. 199ss.

⁽⁷⁵¹⁾ Voir supra, p. 257 et note (729).

réalisation des conditions d'application (subjectives, mais également souvent objectives) des cas d'action révocatoire, sitôt qu'une transaction est intervenue entre internes («insiders»). C'est vrai en particulier en ce qui concerne l'existence même du transfert ⁽⁷⁵²⁾. C'est également vrai pour la connaissance dudit transfert et de son caractère dommageable pour les créanciers externes ⁽⁷⁵³⁾.

Nous avons déjà eu l'occasion d'insister sur l'opportunité de ces différents renversements de l'onus probandi en matière de groupe de sociétés. Ils devraient donc être intégrés, d'une manière ou d'une autre, dans une éventuelle «Konzern-Pauliana», voire, comme nous le préconisons de lege lata, appliqués d'ores et déjà par nos tribunaux sitôt que ces derniers se trouvent confrontés à des espèces qui comportent des transferts intra-groupes.

d. Dies a quo du délai de prescription

Aux Etats-Unis la prescription de l'action révocatoire court à partir du jour où le trustee prend connaissance de l'acte révocable et qu'il a la possibilité juridique d'intenter action ⁽⁷⁵⁴⁾. Ce délai ne dépend donc pas, comme en Suisse, du jour de la faillite (lequel est en pratique souvent aléatoire voire «manipulable» par la direction unique ⁽⁷⁵⁵⁾), ni de la date de la commission de l'acte révocable.

Ce principe nous paraît constituer un moyen simple d'offrir une solution adéquate à la critique souvent rencontrée de la trop grande brièveté du délai de péremption de l'acte révocatoire, en particulier dans les groupes. Comme nous l'avons vu, l'idée a d'ailleurs été retenue par la commission d'experts chargée de réexaminer globalement la LP (projet de 1981, article 292) .

e. Extension du délai lorsque le bénéficiaire est un interne

L'article 547 BRA voit son champ d'application temporel considérablement élargi lorsque le bénéficiaire est un interne ⁽⁷⁵⁶⁾. Nous renvoyons à nos considérations sur la question en relevant toutefois que ce principe a été également retenu à l'article 286 du projet suisse de révision de la LP de 1981 ⁽⁷⁵⁷⁾.

⁽⁷⁵²⁾ Voir supra, pp. 161ss.

⁽⁷⁵³⁾ Voir supra, pp. 177ss.

⁽⁷⁵⁴⁾ Voir supra, pp. 164ss et 192.

⁽⁷⁵⁵⁾ Voir supra, pp. 164 s.

⁽⁷⁵⁶⁾ Voir supra, pp. 197ss.

⁽⁷⁵⁷⁾ Voir supra. pp. 264 et 265.

f. For unique

La «rule» 1014 (b) des «Bankruptcy rules» permet au juge de soumettre à un for unique les faillites de plusieurs membres du groupe. Nous avons déjà relevé l'importance pratique considérable que peut avoir cette norme ⁽⁷⁵⁸⁾.

g. Administration jointe et administrateur unique

Les «rules» 1015 (b) et 2009 (a) des «Bankruptcy rules» permettent, respectivement, d'ordonner l'administration jointe du patrimoine des différents membres faillis du groupe et de leur désigner un trustee unique. Là aussi, nous avons déjà relevé l'importance pratique considérable que peut avoir cette norme ⁽⁷⁵⁹⁾.

Rappelons que ce principe centralisateur a été cité par DRUEY dans son rapport de 1980 à la Société suisse des juristes, mais qu'il n'a malheureusement pas été retenu par les auteurs de l'avant-projet de révision de la LP ⁽⁷⁶⁰⁾.

§ 2. Les enseignements des droits allemand et italien

a. En droit allemand: la présomption de connaissance entre «proches»

La «présomption de connaissance» entre «proches» proposée par la commission d'experts chargée de la révision de la loi sur l'insolvabilité en Allemagne ⁽⁷⁶¹⁾ nous semble très intéressante. Il s'agit en effet d'une proposition qui vise le coeur du problème et qui, d'une manière simple et pratique, devrait permettre de fournir une solution satisfaisante dans un nombre important de cas. Relevons que la proposition allemande est en définitive très proche de la «Konzernpauliana» souhaitée par certains des membres de la commission suisse d'experts chargée d'élaborer un projet de révision de la LP (mais écartée par la majorité de ceux-ci). Nous renvoyons à cet égard à nos considérations sur le projet de révision de la LP et sur les propositions faites notamment par le canton de Zurich et par la Fédération Suisse des Avocats dans le cadre de la procédure de consultation ⁽⁷⁶²⁾. Par ailleurs, le concept de «proche» (nahestehende) retenu par la commission allemande est certainement identique à celui retenu par la commission d'experts suisse dans son avant-projet de 1981 (art. 286 du projet: «nachstehend»). Il semble donc bien que ce concept puisse être utilisé sur le plan législatif, éventuellement en le définissant

⁽⁷⁵⁸⁾ Voir supra, pp. 187ss.

⁽⁷⁵⁹⁾ Voir supra, pp. 189ss.

⁽⁷⁶⁰⁾ Voir supra, p. 264 et note (743).

⁽⁷⁶¹⁾ Voir supra, pp. 213ss.

⁽⁷⁶²⁾ Voir supra, p. 263.

comme le fait le projet allemand, contrairement à ce qu'affirment certains des milieux intéressés qui se sont exprimés à l'occasion de la procédure de consultation ⁽⁷⁶³⁾.

b. En droit italien

Nous avons déjà relevé l'importance pratique considérable des règles suivantes, essentiellement procédurales, à propos desquelles nous renvoyons à nos développements précédents:

1. Prolongation des délais

L'article 3 alinéa 3 de la loi de 1979 sur l'administration extraordinaire des grandes entreprises en crise étend considérablement le champ d'application temporel de l'action révocatoire ordinaire en cas d'acte révocable intervenu entre «internes» à un même groupe ⁽⁷⁶⁴⁾.

2. Administration jointe et administrateurs communs

L'article 3 alinéa 2 de ladite loi de 1979 impose que les mêmes commissaires soient nommés pour toutes les sociétés du groupe auxquelles est étendue la procédure d'administration extraordinaire ⁽⁷⁶⁵⁾.

3. For unique

L'article 3 alinéa 6 de la loi de 1979 déclare compétent, pour toutes les actions révocatoires intra-groupe, le juge du for de la société du groupe qui, la première, a été déclarée insolvable et a fait l'objet d'une décision d'administration extraordinaire (par la suite éventuellement étendue à d'autres sociétés du groupe) ⁽⁷⁶⁶⁾.

⁽⁷⁶³⁾ Voir supra, pp. 264 et, pour le projet allemand, pp. 213ss.

⁽⁷⁶⁴⁾ Voir supra, p. 219.

⁽⁷⁶⁵⁾ Voir supra, p. 218.

⁽⁷⁶⁶⁾ Voir supra, pp. 219 et 220.

CHAPITRE IV: LES ÉLÉMENTS ESSENTIELS D'UNE RÉFORME EN DROIT SUISSE

En guise de conclusion à cette IV^{ème} partie consacrée à l'action révocatoire dans les groupes de *lege ferenda*, nous énumérerons synthétiquement les éléments fondamentaux que devrait à notre avis englober une réforme en droit suisse dans ce domaine, quel que soit le contexte de cette réforme (modification de différents articles de la LP, de certaines règles de procédure, création d'une «Konzern-Pauliana» ou d'une *lex specialis* comprenant plusieurs dispositions).

§ 1. Cas de révocation

a. Prise en considération de l'insolvabilité.

L'insolvabilité proprement dite ⁽⁷⁶⁷⁾ – et non seulement le surendettement comme c'est actuellement le cas – devrait être prise en considération dans le cadre des conditions d'application de l'action. Nous ne croyons pas qu'il soit nécessaire pour ce faire de créer un cas de révocation distinct (comme c'est le cas aux Etats-Unis ⁽⁷⁶⁸⁾). Il suffirait d'adopter une formulation alternative chaque fois que la loi parle de surendettement. L'article 287 LP pourrait, par exemple, être modifié de la manière suivante:

«Sont pareillement nuls (NB: révocables) les actes suivants lorsqu'ils ont été faits par un débiteur surendetté ou insolvable...».

On introduirait ainsi une sorte de «dual insolvency test» tel que pratiqué dans certains droits étatiques récents aux Etats-Unis ⁽⁷⁶⁹⁾.

b. Sous-capitalisation

La sous-capitalisation des sociétés, fréquente au sein des groupes ⁽⁷⁷⁰⁾, devrait faire l'objet d'un nouveau cas de révocation, comme c'est le cas aux Etats-

⁽⁷⁶⁷⁾ Telle que définie supra, p. 58.

⁽⁷⁶⁸⁾ Voir supra, pp. 175s.

⁽⁷⁶⁹⁾ Voir à ce propos supra, p. 231.

⁽⁷⁷⁰⁾ Voir supra, pp. 173ss.

Unis ⁽⁷⁷¹⁾. Seraient révocables tous les transferts effectués sans contre-prestation par le débiteur dans la mesure où il est sous-capitalisé ⁽⁷⁷²⁾.

§ 2. Fardeau de la preuve

a. Renversement du fardeau de la preuve du caractère équilibré des transactions intra-groupe

Un pas considérable pourrait être franchi vers une meilleure protection des créanciers externes en renversant le fardeau de la preuve du caractère équilibré des transactions effectuées entre sociétés membres du groupe ou avec des internes. En cas de contestation, il incomberait à la direction unique du groupe de démontrer que le transfert incriminé a réellement fait l'objet d'une contre-prestation, soit directe, soit indirecte («compensation indirecte» ⁽⁷⁷³⁾). De même, il pourra être démontré que l'opération en question a été effectuée «dans l'intérêt du groupe», ce qui pourra être admis comme «preuve libératoire», dans la mesure où cet intérêt correspond à l'intérêt du débiteur considéré (ce qui n'est pas automatique ⁽⁷⁷⁴⁾) ⁽⁷⁷⁵⁾.

Rappelons que des propositions ont été faites dans ce sens par la Fédération Suisse des Avocats et par le canton de Zurich à l'occasion de la procédure de consultation en cours relative à l'avant-projet de révision de la LP ⁽⁷⁷⁶⁾. Nous pensons toutefois que le texte proposé par Zurich est trop limité car il vise seulement la révocation des transferts faits par le débiteur en faveur des personnes ou sociétés qui le contrôlent, ce qui semble malheureusement exclure l'annulation des transferts effectués aux sociétés «soeurs» ou «cousines». Un élargissement devrait donc être prévu afin d'appréhender également ces dernières hypothèses, ce qui n'empêche pas de conserver la condition selon laquelle l'acte révocable doit être dû à l'intervention de la direction unique du groupe (c'est-à-dire des personnes qui exercent une position dominante à la fois sur le débiteur et sur le bénéficiaire).

⁽⁷⁷¹⁾ Voir supra, pp. 167ss.

⁽⁷⁷²⁾ Ce cas de révocation pourrait faire l'objet d'un article distinct de la LP ou d'un nouvel alinéa de l'article 288 LP.

⁽⁷⁷³⁾ Définie supra, p. 54.

⁽⁷⁷⁴⁾ Voir à ce propos supra, pp. 23ss.

⁽⁷⁷⁵⁾ A propos de ce renversement du fardeau de la preuve, voir en particulier l'expérience américaine, supra, pp. 184ss.

⁽⁷⁷⁶⁾ Voir supra, p. 263.

b. Présomption de connaissance de la part des internes

Nous avons vu qu'en cas de transfert entre deux sociétés qui appartiennent au même groupe, il n'y a pas de raison de distinguer une condition subjective relative au débiteur et une autre relative au bénéficiaire, car celles-ci se confondent. Il semble par ailleurs généralement admis ⁽⁷⁷⁷⁾ que la réalisation de l'élément constitutif subjectif de l'action [la «reconnaissabilité» du caractère préjudiciable pour les créanciers (externes)] doit alors de plus être présumée, car les internes disposent d'une information «consolidée» et donc plus complète sur la situation financière du débiteur. L'avant-projet de révision de la LP (art. 288) fait déjà un pas dans ce sens ⁽⁷⁷⁸⁾; on pourrait l'améliorer en introduisant une «présomption de connaissance entre internes» sur le modèle du projet allemand de révision de l'Insolvenzrecht de 1985 (art. 5.2.6) ⁽⁷⁷⁹⁾.

§ 3. Aspects procéduraux

a. Prolongation des délais

La complexité des transferts intra-groupe et la difficulté accrue de les déceler rend souhaitable une modification des délais ⁽⁷⁸⁰⁾. Le délai de prescription de l'action nous semble ainsi devoir être porté à cinq ans. En outre – et cela est essentiel – ce délai devrait courir seulement dès le moment où l'administration de la masse en faillite du débiteur a eu connaissance effective du transfert révocable.

Pour la sécurité du droit il serait probablement opportun de prévoir un double délai: cinq ans dès la connaissance de l'acte révocable, mais au plus tard dix ans dès celui-ci.

b . For unique

Une certaine centralisation du for améliorerait également considérablement l'efficacité pratique de l'action révocatoire au sein des groupes. Nous avons vu qu'il existe deux solutions possibles:

- le système américain qui permet au juge de soumettre **la faillite même** de plusieurs ou de toutes les sociétés membres du groupe à un **for unique** ⁽⁷⁸¹⁾. Cela a pour conséquence accessoire que toutes les actions révocatoires

⁽⁷⁷⁷⁾ Voir supra, pp. 186ss, 213ss, 218ss.

⁽⁷⁷⁸⁾ Voir supra, p. 265.

⁽⁷⁷⁹⁾ Voir supra, pp. 213 ss.

⁽⁷⁸⁰⁾ Dans le même sens, voir supra, 197ss, 264ss, 268s., 270.

⁽⁷⁸¹⁾ Voir supra, pp. 187ss.

intra-groupe sont traitées par le même juge, ce qui semble être la meilleure solution vu le fréquent enchevêtrement des transferts. Le tribunal compétent est choisi sur la base de critères d'opportunité par le juge qui a été le premier saisi d'une demande de faillite contre une des sociétés du groupe.

- Le système italien qui, indépendamment du for «naturel» des différents membres du groupe, prévoit que toutes les actions révocatoires intra-groupe (que les parties soient ou non en faillite) sont de la compétence du **juge du for de la première société du groupe à avoir été reconnue insolvable** et soumise à la procédure d'administration extraordinaire ⁽⁷⁸²⁾. L'inconvénient de ce système est toutefois que le for compétent peut être inadéquat, par exemple s'il est celui d'une filiale peu importante ou inactive du groupe, ou que l'action révocatoire concerne deux autres membres du groupe qui n'ont aucun véritable rapport avec le for considéré. Nous pensons qu'une solution pourrait consister à instaurer un **système mixte**: le premier juge appelé à déclarer la faillite d'un membre du groupe sera compétent pour toutes les actions révocatoires intra-groupe; le juge en question pourra toutefois renoncer à sa compétence en faveur du for d'une des autres sociétés du groupe considéré si cela paraît opportun, pourvu que ce for soit unique pour toutes les actions considérées. Ce choix pourrait être limité par des critères objectifs, par exemple le fait que le for unique désigné devra être celui de la société-mère, ou correspondre au lieu de l'«activité effective» ou «principale» du groupe considéré.

c. Administration jointe

Les droits américain ⁽⁷⁸³⁾ et italien ⁽⁷⁸⁴⁾ prévoient la possibilité de confier l'administration de la faillite de toutes les sociétés insolubles du groupe à un curateur (trustee) unique. Sans aller jusqu'à la consolidation matérielle, une telle disposition nous paraît pouvoir être d'une importance pratique fondamentale. Elle constitue en effet le seul moyen efficace de contrebalancer, au moment de la liquidation du groupe, le fait que jusque -là ce dernier a été géré comme une entité économique, souvent sans égard à sa structure juridique. Rappelons qu'en Suisse la question a été abordée par DRUEY ⁽⁷⁸⁵⁾.

⁽⁷⁸²⁾ Voir supra, pp. 219 ss.

⁽⁷⁸³⁾ Voir supra, pp. 189ss.

⁽⁷⁸⁴⁾ Voir supra, p. 218.

⁽⁷⁸⁵⁾ Voir supra, p. 264.

En droit suisse un problème peut résulter de ce que la LP actuelle prévoit que l'administration de la faillite est nommée librement par les créanciers du failli (art. 237 al. 2 LP). Une exception à cette règle devrait dès lors être instaurée. Trois solutions nous semblent possibles. L'administration de la faillite de toutes les sociétés du groupe sera choisie par:

- Les créanciers de la société-mère;
- les «créanciers du groupe», c'est-à-dire de chacune des sociétés membres, à l'occasion d'une assemblée «consolidée»;
- le juge.

La première solution nous paraît devoir être exclue, car on ne peut accepter que les créanciers des filiales n'aient pas voix au chapitre. La troisième est trop peu conforme à l'esprit «démocratique» de notre LP. Reste donc la deuxième qui – bien que très innovatrice – nous paraît bonne, sans présenter d'inconvénients pratiques déterminants.

§ 4. Dépassement des limites de l'action révocatoire

L'action révocatoire suppose que chacun des transferts soit «isolé» avant d'être le cas échéant annulé. Or, nous l'avons vu ⁽⁷⁸⁶⁾, cela n'est souvent pas possible – ou excessivement long ou coûteux ⁽⁷⁸⁷⁾ – au sein des groupes, du fait du nombre considérable et du caractère parfois inextricable des transferts qui s'y produisent. C'est là la limite pratique essentielle de l'applicabilité de l'action paulienne entre sociétés de groupe. Il y a dès lors lieu de prévoir une solution pour les cas où cette limite est atteinte.

a. Consolidation

La faculté de procéder à une liquidation consolidée du patrimoine de tout ou partie des sociétés du groupe devrait être instaurée à certaines conditions. Comme pour la nomination du «curateur unique», la décision de consolider devrait appartenir à la majorité des créanciers (et des créances) de toutes les sociétés du groupe pris dans son ensemble. Cela nous semble possible aussi bien dans le cadre de la procédure concordataire qu'en cas de faillite proprement dite.

⁽⁷⁸⁶⁾ Voir supra, pp. 203 ss.

⁽⁷⁸⁷⁾ Voir supra note (606) et pp. 203 à 205.

Des mesures devraient toutefois être prévues afin de garantir une certaine protection aux créanciers externes qui ignoraient que leur débiteur appartenait à un groupe ou à ceux qui, ne l'ignorant pas, ont délibérément choisi de traiter avec une société plus solvable du groupe ou exigé des garanties dans ce sens.

b. Subordination

La consolidation présente toutefois deux désavantages:

- elle passe outre le principe fondamental de la personnalité juridique distincte des différents membres du groupe;
- elle traite les créances internes et externes sur un strict pied d'égalité.

La subordination des créances internes par rapport aux créances externes ⁽⁷⁸⁸⁾ peut en revanche, dans certains cas, représenter une solution satisfaisante tout en évitant ces deux désavantages. Elle permet en effet de procéder à une liquidation séparée des différents membres du groupe sans poser en particulier le délicat problème de la protection des créanciers externes qui ignoraient l'existence du groupe, mais tout en sanctionnant le caractère inextricable des transferts intra-groupe **au seul détriment des créanciers internes**. Une proposition de ce genre – dont les conséquences ultimes devraient être approfondies – équivaldrait à la création d'une «sixième classe» de créances (au sens de l'art. 219 LP), qui serait réservée aux créances internes. Celles-ci seraient donc payées dans la mesure seulement où l'intégralité des créances externes aurait été couverte.

⁽⁷⁸⁸⁾ Voir supra, pp. 205ss.

CONCLUSION

Les transferts de patrimoine sont fréquents au sein des groupes de sociétés. Ils sont effectués par la direction unique du groupe en fonction des intérêts poursuivis et souvent sans égard à la «réalité juridique». Ces intérêts peuvent être en substance de **trois types**, qui parfois (mais pas nécessairement) se confondent: l'intérêt propre d'une ou de plusieurs des sociétés du groupe, l'intérêt du groupe en tant que tel et l'intérêt de ses contrôleurs. La poursuite de **l'intérêt propre de chacun des membres du groupe** ne pose pas de problèmes particuliers; elle est conforme à l'idéal «atomiste» de notre code actuel

L'intérêt du groupe est en revanche un phénomène nouveau, avatar de l'apparition des groupes dans notre économie en tant que **nouvelle technique d'organisation de l'entreprise**. Le moyen souvent utilisé pour favoriser l'intérêt du groupe est ce que nous avons appelé l'application du **principe des vases communicants** sur le plan de la gestion des patrimoines et des ressources des sociétés groupées. C'est dire que les transferts considérés sont effectués aussi bien par les filiales en faveur de leur société mère (hypothèse classique) que l'inverse, ou encore entre sociétés soeurs ou cousines.

La recherche de l'intérêt du groupe **n'est pas un mal en soi**. Bien au contraire, dans la mesure où chacune des sociétés membres profite en principe de la solidité et de la prospérité de l'ensemble. L'exemple typique à cet égard est celui, très fréquent en pratique, de la direction unique qui fait en sorte que les bénéficiaires du groupe apparaissent comptablement auprès de celles des sociétés groupées dont le siège se situe dans un pays à faible fiscalité. En pareille hypothèse, seul le fisc du siège des autres filiales sera éventuellement «lésé», ce qui nous préoccupe assez peu, car celui-ci dispose déjà d'un arsenal propre qui lui permet de faire valoir efficacement ses droits (interprétation sur la base de la «réalité économique», théorie de l'«établissement stable», «reprise d'impôt», etc.). Les créanciers, en particulier externes, sont en revanche très démunis lorsque «le groupe» se trouve en difficultés financières, car seul répondra de leurs créances le patrimoine de celle des sociétés du groupe dont ils sont créanciers.

Il en va de même lorsque, par l'application du **principe du siphon**, **l'intérêt poursuivi est celui des contrôleurs**, car alors les sociétés groupées seront systématiquement appauvries, sans que l'on puisse justifier cette politique par la promotion de l'intérêt du groupe dans son ensemble, ni de chacune des sociétés membres en particulier. Les créanciers externes courent alors des risques accrus.

D'une part, en effet, les transferts sont facilités par la structure du groupe et d'autre part les sociétés qui appartiennent à un groupe peuvent en général survivre à plus long terme que des sociétés isolées, étant donné qu'elles sont viables même si elles sont sous-capitalisées, voire surendettées ou insolvables.

Des solutions doivent donc être trouvées pour assurer une meilleure protection aux créanciers externes des sociétés du groupe. Il ne semble pas nécessaire pour ce faire de créer un véritable «droit des groupes» sur le modèle allemand. Nous croyons en effet que l'on peut se limiter à opérer des modifications ponctuelles de différents chapitres de notre ordre juridique. Dans cette perspective, l'**action révocatoire** paraît être un instrument particulièrement approprié. L'ordre juridique américain y recourt déjà largement et a apporté la démonstration de son efficacité dans le cadre des groupes de sociétés. L'Italie a fait de même en créant une action revocatoire «aggravée» destinée à lutter contre les transferts intra-groupe; l'Allemagne, en plus de son Konzernrecht, a inclus plusieurs améliorations dans ce sens dans le récent projet de révision de son «Insolvenzrecht».

Les dispositions de la LP qui régissent l'action révocatoire en Suisse peuvent déjà, de lege lata, servir à lutter contre les transferts de patrimoine injustifiés entre sociétés de groupe, moyennant parfois une interprétation un peu plus audacieuse que celle qui est en général pratiquée aujourd'hui par nos juges. Il nous paraît possible en particulier de sanctionner d'ores et déjà le refus des groupes de collaborer à l'établissement de la preuve et de **présumer** (réfragablement), sur la base des seules circonstances, la **connaissance** de l'existence des transferts ainsi que de leur **caractère lésionnaire** pour les créanciers externes. La bonne foi des internes devrait être en principe exclue à cet égard.

Un examen attentif des **rapports de l'action révocatoire avec les dispositions du CO sur la distribution des dividendes** nous amène en outre à proposer qu'un certain nombre de transferts – pas seulement ceux effectués directement par les filiales en faveur de leur société mère – peuvent être annulés sur la base des articles 678 ss CO, comme **dividendes indus ou «fictifs»**. Il en va de même pour ce qui est des (fréquentes) **distributions cachées de «bénéfices»** ou de **«dividendes»**, concept **d'origine fiscale** qui recouvre en réalité exactement les transferts de patrimoine occultes qui font l'objet de cette thèse. Les distributions cachées de bénéfices sont parfois nulles, lorsqu'elles ont été faites par une société surendettée. Les dispositions sur l'action révocatoire demeurent en toute hypothèse applicables aux distributions de dividendes (formellement déclarés aussi bien qu'occultes), **alternativement**, en tant qu'**«additional safeguards»** par rapport aux règles du CO.

Il serait toutefois opportun de profiter de la révision en cours de la LP pour adapter plus spécifiquement notre droit positif aux caractéristiques propres des transferts intra-groupe. Dans cette perspective, nous pensons que certaines des améliorations suivantes pourraient être introduites: prise en considération de l'insolvabilité en plus du surendettement; création d'une **«Unterkapitalisierung-**

spauliana»; renversement du fardeau de la preuve de l'existence des transferts (élément objectif) et de leur connaissance (élément subjectif), ce qui correspond en substance à ce que certains ont appelé la création d'un «**Konzern-Pauliana**»; prolongation des délais; introduction d'un **for unique** pour toutes les actions révocatoires intra-groupes et d'une **administration unique ou jointe** pour toutes les sociétés en faillite (ou insolvable) du groupe.

La pratique enseigne enfin que les limites de l'action révocatoire sont atteintes – ce qui est relativement fréquent dans les groupes – lorsque les transferts sont tellement nombreux ou inextricables qu'il devient impossible ou excessivement long ou coûteux de les identifier séparément afin de pouvoir les annuler après avoir vérifié si les conditions sont remplies dans chaque cas particulier. On songera alors à recourir à ce que certains auteurs américains ont qualifié de **substituts fonctionnels** de l'action révocatoire, c'est-à-dire à la **consolidation** du patrimoine du tout ou partie des membres du groupe ou à la **subordination** des créances internes par rapport aux créances externes. Bien qu'il s'agisse là de figures juridiques d'avant-garde dont nous n'ignorons pas les dangers, nous pensons qu'elles peuvent parfois constituer la seule réponse pratique et équitable à certains des problèmes posés par les groupes de sociétés. D'une manière ou d'une autre, ces nouveaux instruments devraient dès lors trouver également leur place dans notre ordre juridique, singulièrement en relation avec l'action révocatoire.

ANNEXES

ANNEXE A
UNIFORM FRAUDULENT
CONVEYANCE ACT

Sec.

1. Definition of Terms
2. Insolvency
3. Fair Consideration
4. Conveyances by Insolvent
5. Conveyances by Persons in Business
6. Conveyances by a Person About to Incur Debts
7. Conveyance Made With Intent to Defraud
8. Conveyance of Partnership Property
9. Rights of Creditors Whose Claims Have Matured
10. Rights of Creditors Whose Claims Have Not Matured
11. Cases Not Provided for in Act
12. Construction of Act
13. Name of Act
14. Inconsistent Legislation Repealed

Sec. 1. Definition of Terms. In this act «Assets» of a debtor means property not exempt from liability for his debts. To the extent that any property is liable for any debts of the debtor, such property shall be included in his assets.

«Conveyance» includes every payment of money, assignment, release, transfer, lease, mortgage or pledge of tangible or intangible property, and also the creation of any lien of incumbrance.

«Creditor» is a person having any claim, whether matured or unmatured, liquidated or unliquidated, absolute, fixed or contingent.

«Debt» includes any legal liability, whether matured or unmatured, liquidated or unliquidated, absolute, fixed or contingent.

Sec. 2. Insolvency. (1) A person is insolvent when the present fair salable value of his assets is less than the amount that will be required to pay his probable liability on his existing debts as they become absolute and matured.

(2) In determining whether a partnership is insolvent there shall be added to the partnership property the present fair salable value of the separate assets of each general partner in excess of the amount probably sufficient to meet the claims of his separate creditors, and also the amount of any unpaid subscription to the partnership of each limited partner, provided the present fair salable value of the assets of such limited partner is probably sufficient to pay his debts, including such unpaid subscription.

Sec. 3. Fair Consideration. Fair consideration is given for property, or obligation,

(a) When in exchange for such property, or obligation, as a fair equivalent therefor, and in good faith, property is conveyed or an antecedent debt is satisfied, or

(b) When such property, or obligation is received in good faith to secure a present advance or antecedent debt in amount not disproportionately small as compared with the value of the property, or obligation obtained.

Sec. 4. Conveyances by Insolvent. Every conveyance made and every obligation incurred by a person who is or will be thereby rendered insolvent is fraudulent as to creditors without regard to his actual intent if the conveyance is made or the obligation is incurred without a fair consideration.

Sec. 5. Conveyances by Persons in Business. Every conveyance made without fair consideration when the person making it is engaged or is about to engage in a business or transaction for which the property remaining in his hands after the conveyance is an unreasonably small capital, is fraudulent as to creditors

and as to other persons who become creditors during the continuance of such business or transaction without regard to his actual intent.

Sec. 6. Conveyances by a Person About to Incur Debts. Every conveyance made and every obligation incurred without fair consideration when the person making the conveyance or entering into the obligation intends or believes that he will incur debts beyond his ability to pay as they mature, is fraudulent as to both present and future creditors.

Sec. 7. Conveyance Made With Intent to Defraud. Every conveyance made and every obligation incurred with actual intent, as distinguished from intent presumed in law, to hinder, delay, or defraud either present or future creditors, is fraudulent as to both present and future creditors.

Sec. 8. Conveyance of Partnership Property. Every conveyance of partnership property and every partnership obligation incurred when the partnership is or will be thereby rendered insolvent, is fraudulent as to partnership creditors, if the conveyance is made or obligation is incurred,

(a) To a partner, whether with or without a promise by him to pay partnership debts, or

(b) To a person not a partner without fair consideration to the partnership as distinguished from consideration to the individual partners.

Sec. 9. Rights of Creditors Whose Claims Have Matured. (1) Where a conveyance or obligation is fraudulent as to a creditor, such creditor, when his claim has matured, may, as against any person except a purchaser for fair consideration without knowledge of the fraud at the time of the purchase, or one who has derived title immediately or mediately from such a purchaser,

(a) Have the conveyance set aside or obligation annulled to the extent necessary to satisfy his claim, or

(b) Disregard the conveyance and attach or levy execution upon the property conveyed.

(2) A purchaser who without actual fraudulent intent has given less than a fair consideration for the conveyance or obligation, may retain the property or obligation as security for repayment.

Sec. 10. Rights of Creditors Whose Claims Have Not Matured. Where a conveyance made or obligation incurred is fraudulent as to a creditor whose claim

has not matured he may proceed in a court of competent jurisdiction against any person against whom he could have proceeded had his claim matured, and the court may,

- (a) Restrain the defendant from disposing of his property,
- (b) Appoint a receiver to take charge of the property,
- (c) Set aside the conveyance or annul the obligation, or
- (d) Make any order which the circumstances of the case may require.

Sec. 11. Cases Not Provided for in Act. In any case not provided for in this act the rules of law and equity including the law merchant, and in particular the rules relating to the law of principal and agent, and the effect of fraud, misrepresentation, duress or coercion, mistake, bankruptcy or other invalidating cause shall govern.

Sec. 12. Construction of Act. This act shall be so interpreted and construed as to effectuate its general purpose to make uniform the law of those states which enact it.

Sec. 13. Name of Act. This act may be cited as the Uniform Fraudulent Conveyance Act.

Sec. 14. Inconsistent Legislation Repealed. Sections..... are hereby repealed, and all acts or parts of acts inconsistent with this Act are hereby repealed.

ANNEXE B
THE BANKRUPTCY CODE OF 1978

ENACTED NOVEMBER 6, 1978
(title 11 of the United States Code)

CHAPTER 5 :
CREDITORS, THE DEBTOR, AND
THE ESTATE

SUBCHAPTER I - CREDITORS AND CLAIMS

Sec.

- 501. Filing of proofs of claims or interests.
- 502. Allowance of claims or interests.
- 503. Allowance of administrative expenses.
- 504. Sharing of compensation.
- 505. Determination of tax liability.
- 506. Determination of secured status.
- 507. Priorities.
- 508. Effect of distribution other than under this title.
- 509. Claims of codebtors.
- 510. Subordination.

SUBCHAPTER II - DEBTOR'S DUTIES AND BENEFITS

- 521. Debtor's duties.
- 522. Exemptions.
- 523. Exceptions to discharge.
- 524. Effect of discharge.
- 525. Protection against discriminatory treatment.

SUBCHAPTER III - THE ESTATE

- 541. Property of the estate.
- 542. Turnover of property to the estate.
- 543. Turnover of property by a custodian.
- 544. Trustee as lien creditor and as successor to certain creditors and purchasers.
- 545. Statutory liens.
- 546. Limitations on avoiding powers.
- 547. Preferences.
- 548. Fraudulent transfers and obligations.
- 549. Postpetition transactions.
- 550. Liability of transferee of avoided transfer.
- 551. Automatic preservation of avoided transfer.
- 552. Postpetition effect of security interest.
- 553. Setoff.
- 554. Abandonment of property of the estate.

§ 101. DEFINITIONS

In this title-

(2) «**affiliate**» means-

(A) entity that directly or indirectly owns, controls, or holds with power to vote, 20 percent or more of the outstanding voting securities of the debtor, other than an entity that holds such securities-

(i) in a fiduciary or agency capacity without sole discretionary power to vote such securities; or

(ii) solely to secure a debt, if such entity has not in fact exercised such power to vote;

(B) corporation 20 percent or more of whose outstanding voting securities are directly or indirectly owned, controlled, or held with power to vote, by the debtor, or by an entity that directly or indirectly owns, controls, or holds with power to vote, 20 percent or more of the outstanding voting securities of the debtor, other than an entity that holds such securities-

(i) in a fiduciary or agency capacity without sole discretionary power to vote such securities; or

(ii) solely to secure a debt, if such entity has not in fact exercised such power to vote;

(C) person whose business is operated under a lease or operating agreement by a debtor, or person substantially all of whose property is operated under an operating agreement with the debtor; or

(D) entity that operates the business or all or substantially all of the property of the debtor under a lease or operating agreement;

(8) «**corporation**»-

(A) includes-

(i) association having a power or privilege that a private corporation, but not an individual or a partnership, possesses;

(ii) partnership association organized under a law that makes only the capital subscribed responsible for the debts of such association;

- (iii) joint-stock company;
 - (iv) unincorporated company or association; or
 - (v) business trust; but
- (B) does not include limited partnership;
- (14) «**entity**» includes person, estate, trust, (or) governmental unit;
- (25) «**insider**» includes-
- (A) if the debtor is an individual-
- (i) relative of the debtor or of a general partner of the debtor;
 - (ii) partnership in which the debtor is a general partner;
 - (iii) general partner of the debtor; or
 - (iv) corporation of which the debtor is a director, officer, or person in control;
- (B) if the debtor is a corporation-
- (i) director of the debtor;
 - (ii) officer of the debtor;
 - (iii) person in control of the debtor;
 - (iv) partnership in which the debtor is a general partner;
 - (v) general partner of the debtor; or
 - (vi) relative of a general partner, director, officer, or person in control of the debtor;
- (C) if the debtor is a partnership-
- (i) general partner in the debtor;
 - (ii) relative of a general partner in, general partner of, or person in control of the debtor;
 - (iii) partnership in which the debtor is a general partner;
 - (iv) general partner of the debtor; or
 - (v) person in control of the debtor;
- (D) if the debtor is a municipality, elected official of the debtor or relative of an elected official of the debtor;
- (E) affiliate, or insider of an affiliate as if such affiliate were the debtor; and
- (F) managing agent of the debtor;
- (26) «**insolvent**» means-
- (A) with reference to an entity other than a partnership, financial condition such that the sum of such entity's debts is greater than all of such entity's property, at a fair valuation, exclusive of-

(i) property transferred, concealed, or removed with intent to hinder, delay, or defraud such entity's creditors; and

(ii) property that may be exempted from property of the estate under section 522 of this title; and

(B) with reference to a partnership, financial condition such that the sum of such partnership's debts is greater than the aggregate of, at a fair valuation-

(i) all of such partnership's property, exclusive of property of the kind specified in subparagraph (A)(i) of this paragraph; and

(ii) the sum of the excess of the value of each general partner's separate property, exclusive of property of the kind specified in subparagraph (A)(ii) of this paragraph, over such partner's separate debts;

(30) «**person**» includes individual, partnership, and corporation, but does not include governmental unit;

(34) «**relative**» means individual related by affinity or consanguinity within the third degree as determined by the common law, or individual in a step or adoptive relationship within such third degree;

(41) «**transfer**» means every mode, direct or indirect, absolute or conditional, voluntary or involuntary, of disposing of or parting with property or with an interest in property, including retention of title as a security interest.

§ 109. WHO MAY BE A DEBTOR

(a) Notwithstanding any other provision of this section, only a person that resides in the United States, or has a domicile, a place of business, or property in the United States, or a municipality, may be a debtor under this title.

(b) A person may be a debtor under chapter 7 of this title only if such person is not-

(1) a railroad;

(2) a domestic insurance company, bank, savings bank, cooperative bank, savings and loan association, building and loan association, homestead association, credit union; or industrial bank or similar institution which is an insured bank as defined in section 3 (h) of the Federal Deposit Insurance Act [12 U.S.C. 1813 (h)]; or

(3) a foreign insurance company, bank, savings bank, cooperative bank, savings and loan association, building and loan association, homestead association, or credit union, engaged in such business in the United States.

(c) An entity may be a debtor under chapter 9 of this title if and only if such entity-

(1) is a municipality;

(2) is generally authorized to be a debtor under such chapter by State law, or by a governmental officer or organization empowered by State law to authorize such entity to be a debtor under such chapter;

(3) is insolvent or unable to meet such entity's debts as such debts mature;

(4) desires to effect a plan to adjust such debts; and

(5) (A) has obtained the agreement of creditors holding at least a majority in amount of the claims of each class that such entity intends to impair under a plan in a case under such chapter;

(B) has negotiated in good faith with creditors and has failed to obtain the agreement of creditors holding at least a majority in amount of the claims of each class that such entity intends to impair under a plan in a case under such chapter;

(C) is unable to negotiate with creditors because such negotiation is impracticable; or

(D) reasonably believes that a creditor may attempt to obtain a preference.

(d) Only a person that may be a debtor under chapter 7 of this title, except a stockholder or a commodity broker, and a railroad may be a debtor under chapter 11 of this title.

(e) Only an individual with regular income that owes, on the date of the filing of the petition, noncontingent, liquidated, unsecured debts of less than \$100,000 and noncontingent, liquidated, secured debts of less than \$350,000, or an individual with regular income and such individual's spouse, except a stockbroker or a commodity broker, that owe, on the date of the filing of the petition, noncontingent, liquidated, unsecured debts that aggregate less than \$100,000 and noncontingent, liquidated, secured debts of less than \$350,000 may be a debtor under chapter 13 of this title.

§ 544 TRUSTEE AS LIEN CREDITOR AND AS SUCCESSOR TO CERTAIN CREDITORS AND PURCHASERS

(a) The trustee shall have, as of the commencement of the case, and without regard to any knowledge of the trustee or of any creditor, the rights and powers of, or may avoid any transfer of property of the debtor or any obligation incurred by the debtor that is voidable by-

(1) a creditor that extends credit to the debtor at the time of the commencement of the case, and that obtains, at such time and with respect to such credit, a judicial lien on all property on which a creditor on a simple contract could have obtained a judicial lien, whether or not such a creditor exists;

(2) a creditor that extends credit to the debtor at the time of the commencement of the case, and obtains, at such time and with respect to such credit, an execution against the debtor that is returned unsatisfied at such time, whether or not such a creditor exists; and

(3) a bona fide purchaser of real property from the debtor, against whom applicable law permits such transfer to be perfected, that obtains the status of a bona fide purchaser at the time of the commencement of the case, whether or not such a purchaser exists.

(b) The trustee may avoid any transfer of an interest of the debtor in property or any obligation incurred by the debtor that is voidable under applicable law by a creditor holding an unsecured claim that is allowable under section 502 of this title or that is not allowable only under section 502 (e) of this title.

§ 545. STATUTORY LIENS

The trustee may avoid the fixing of a statutory lien on property of the debtor to the extent that such lien-

(1) first becomes effective against the debtor-

(A) when a case under this title concerning the debtor is commenced;

(B) when an insolvency proceeding other than under this title concerning the debtor is commenced;

(C) when a custodian is appointed or takes possession;

(D) when the debtor becomes insolvent;

(E) when the debtor's financial condition fails to meet a specified standard; or

- (F) at the time of an execution against property of the debtor levied at the instance of an entity other than the holder of such statutory lien;
- (2) is not perfected or enforceable on the date of the filing of the petition against a bona fide purchaser that purchases such property on the date of the filing of the petition, whether or not such a purchaser exists;
- (3) is for rent; or
- (4) is a lien of distress for rent.

§ 546. LIMITATIONS ON AVOIDING POWERS

(a) An action or proceeding under section 544, 545, 547, 548 or 553 of this title may not be commenced after the earlier of-

- (1) two years after the appointment of a trustee under section 702, 1104, 1163, or 1302 of this title; and
- (2) the time the case is closed or dismissed.

(b) The rights and powers of the trustee under section 544, 545, or 549 of this title are subject to any generally applicable law that permits perfection of an interest in property to be effective against an entity that acquires rights in such property before the date of such perfection. If such law requires seizure of such property or commencement of an action to accomplish such perfection, and such property has not been seized or such action has not been commenced before the date of the filing of the petition, such interest in such property shall be perfected by notice within the time fixed by such law for such seizure or commencement.

(c) The rights and powers of the trustee under sections 544(a), 545, 547, and 549 of this title are subject to any statutory right or commonlaw right of a seller, in the ordinary course of such seller's business, of goods to the debtor to reclaim such goods if the debtor has received such goods while insolvent, but-

- (1) such a seller may not reclaim any such goods unless such seller demands in writing reclamation of such goods before ten days after receipt of such goods by the debtor; and
- (2) the court may deny reclamation to a seller with such a right of reclamation that has made such a demand only if court-
 - (A) grants the claim of such a seller priority as an administrative expense; or
 - (B) secures such claim by a lien.

§ 547. PREFERENCES

(a) In this section-

- (1) «inventory» means personal property leased or furnished, held for sale or lease, or to be furnished under a contract for service, raw materials, work in process, or materials used or consumed in a business, including farm products such as crops or livestock, held for sale or lease;
- (2) «new value» means money or money's worth in goods, services, or new credit, or release by a transferee of property previously transferred to such transferee in a transaction that is neither void nor voidable by the debtor or the trustee under any applicable law, but does not include an obligation substituted for an existing obligation;
- (3) «receivable» means right to payment, whether or not such right has been earned by performance; and
- (4) a debt for a tax is incurred on the day when such tax is last payable, including any extension, without penalty.

(b) Except as provided in subsection (c) of this section, the trustee may avoid any transfer of property of the debtor-

- (1) to or for the benefit of a creditor;
- (2) for or on account of an antecedent debt owed by the debtor before such transfer was made;
- (3) made while the debtor was insolvent;
- (4) made-
 - (A) on or within 90 days before the date of the filing of the petition; or
 - (B) between 90 days and one year before the date of the filing of the petition, if such creditor, at the time of such transfer-
 - (i) was an insider; and
 - (ii) had reasonable cause to believe the debtor was insolvent at the time of such transfer; and
- (5) that enables such creditor to receive more than such creditor would receive if-
 - (A) the case were a case under chapter 7 of this title;
 - (B) the transfer had not been made; and
 - (C) such creditor received payment of such debt to the extent provided by the provisions of this title.

(c) The trustee may not avoid under this section a transfer-

- (1) to the extent that such transfer was-

- (A) intended by the debtor and the creditor to or for whose benefit such transfer was made to be a contemporaneous exchange for new value given to the debtor, and
 - (B) in fact a substantially contemporaneous exchange;
- (2) to the extent that such transfer was-
- (A) in payment of a debt incurred in the ordinary course of business or financial affairs of the debtor and the transferee;
 - (B) made not later than 45 days after such debt was incurred;
 - (C) made in the ordinary course of business or financial affairs of the debtor and the transferee; and
 - (D) made according to ordinary business terms;
- (3) of a security interest in property acquired by the debtor-
- (A) to the extent such security interest secures new value that was-
 - (i) given at or after the signing of a security agreement that contains a description of such property as collateral;
 - (ii) given by or on behalf of the secured party under such agreement;
 - (iii) given to enable the debtor to acquire such property; and
 - (iv) in fact used by the debtor to acquire such property; and
 - (B) that is perfected before 10 days after such security interest attaches;
- (4) to or for the benefit of a creditor, to the extent that, after such transfer, such creditor gave new value to or for the benefit of the debtor-
- (A) not secured by an otherwise unavoidable security interest; and
 - (B) on account of which new value the debtor did not make an otherwise unavoidable transfer to or for the benefit of such creditor;
- (5) of a perfected security interest in inventory or a receivable or the proceeds of either, except to the extent that the aggregate of all such transfers to the transferee caused a reduction, as of the date of the filing of the petition and to the prejudice of other creditors holding unsecured claims, of any amount by which the debt secured by such security interest exceeded the value of all security interests for such debt on the later of-
- (A) (i) with respect to a transfer to which subsection (b)(4)(A) of this section applies, 90 days before the date of the filing of the petition; or
 - (ii) with respect to a transfer to which subsection (b)(4)(B) of this section applies, one year before the date of the filing of the petition; and
 - (B) the date on which new value was first given under the security agreement creating such security interest; or
- (6) that is the fixing of a statutory lien that is not avoidable under section 545 of this title.

(d) A trustee may avoid a transfer of property of the debtor transferred to secure reimbursement of a surety that furnished a bond or other obligation to dissolve a judicial lien that would have been avoidable by the trustee under subsection (b) of this section. The liability of such surety under such bond or obligation shall be discharged to the extent of the value of such property recovered by the trustee or the amount paid to the trustee.

(e)(1) For the purposes of this section-

(A) a transfer of real property other than fixtures, but including the interest of a seller or purchaser under a contract for the sale of real property, is perfected when a bona fide purchaser of such property from the debtor against whom applicable law permits such transfer to be perfected cannot acquire an interest that is superior to the interest of the transferee; and

(B) a transfer of a fixture or property other than real property is perfected when a creditor on a simple contract cannot acquire a judicial lien that is superior to the interest of the transferee.

(2) For the purposes of this section, except as provided in paragraph (3) of this subsection, a transfer is made-

(A) at the time such transfer takes effect between the transferor and the transferee, if such transfer is perfected at, or within 10 days after, such time;

(B) at the time such transfer is perfected, if such transfer is perfected after such 10 days; or

(C) immediately before the date of the filing of the petition, if such transfer is not perfected at the later of-

(i) the commencement of the case; and

(ii) 10 days after such transfer takes effect between the transferor and the transferee.

(3) For the purposes of this section, a transfer is not made until the debtor has acquired rights in the property transferred.

(f) For the purposes of this section, the debtor is presumed to have been insolvent on and during the 90 days immediately preceding the date of the filing of the petition.

§ 548. FRAUDULENT TRANSFERS AND OBLIGATIONS

(a) The trustee may avoid any transfer of an interest of the debtor in property, or any obligation incurred by the debtor, that was made or incurred on or within one year before the date of the filing of the petition, if the debtor-

(1) made such transfer or incurred such obligation with actual intent to hinder, delay, or defraud any entity to which the debtor was or became, on or after the date that such transfer occurred or such obligation was incurred, indebted; or

(2) (A) received less than a reasonably equivalent value in exchange for such transfer or obligation; and

(B) (i) was insolvent on the date that such transfer was made or such obligation was incurred, or became insolvent as a result of such transfer or obligation;

(ii) was engaged in business, or was about to engage in business or a transaction, for which any property remaining with the debtor was an unreasonably small capital; or

(iii) intended to incur, or believed that the debtor would incur, debts that would be beyond the debtor's ability to pay as such debts matured.

(b) The trustee of a partnership debtor may avoid any transfer of an interest of the debtor in property, or any obligation incurred by the debtor, that was made or incurred on or within one year before the date of the filing of the petition, to a general partner in the debtor, if the debtor was insolvent on the date such transfer was made or such obligation was incurred, or became insolvent as a result of such transfer or obligation.

(c) Except to the extent that a transfer or obligation voidable under this section is voidable under section 544, 545, or 547 of this title, a transferee or obligee of such a transfer or obligation that takes for value and in good faith has a lien on any interest transferred, may retain any lien transferred, or may enforce any obligation incurred, as the case may be, to the extent that such transferee or obligee gave value to the debtor in exchange for such transfer or obligation.

(d)(1) For the purposes of this section, a transfer is made when such transfer becomes so far perfected that a bona fide purchaser from the debtor against whom such transfer could have been perfected cannot acquire an interest in the property transferred that is superior to the interest in such property of the transferee, but if such transfer is not so perfected before the commencement of the case, such transfer occurs immediately before the date of the filing of the petition.

(2) In this section-

(A) «value» means property, or satisfaction or securing of a present or antecedent debt of the debtor, but does not include an unperformed promise to furnish support to the debtor or to a relative of the debtor; and

(B) a commodity broker, forward contract merchant, stockbroker, or securities clearing agency that receives a margin payment, as defined in section 741 (5) or 761 (15) of this title, or settlement payment, as defined in section 741 (8) of this title, takes for value to the extent of such payment.

§ 550. LIABILITY OF TRANSFEEE OF AVOIDED TRANSFER

(a) Except as otherwise provided in this section, to the extent that a transfer is avoided under section 544, 545, 547, 548, 549, or 724(a) of this title, the trustee may recover, for the benefit of the estate, the property transferred, or, if the court so orders, the value of such property, from-

(1) the initial transferee of such transfer or the entity for whose benefit such transfer was made; or

(2) any immediate or mediate transferee of such initial transferee.

(b) The trustee may not recover under section (a)(2) of this section from-

(1) a transferee that takes for value, including satisfaction or securing of a present or antecedent debt, in good faith, and without knowledge of the voidability of the transfer avoided; or

(2) any immediate or mediate good faith transferee of such transferee.

(c) The trustee is entitled to only a single satisfaction under subsection (a) of this section.

(d) (1) A good faith transferee from whom the trustee may recover under subsection (a) of this section has a lien on the property recovered to secure the lesser of-

(A) the cost, to such transferee, of any improvement made after the transfer, less the amount of any profit realized by such transferee from such property; and

(B) any increase in value as a result of such improvement, of the property transferred.

(2) In this subsection, «improvement» includes-

(A) physical additions or changes to the property transferred;

(B) repairs to such property;

- (C) payment of any tax on such property;
- (D) payment of any debt secured by a lien on such property;
- (E) discharge of any lien against such property that is superior or equal to the rights of the trustee; and
- (F) preservation of such property.

(e) An action or proceeding under this section may not be commenced after the earlier of-

- (1) one year after the avoidance of the transfer on account of which recovery under this section is sought; and
- (2) the time the case is closed or dismissed.

BIBLIOGRAPHIE



- ALESSI G., L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, in: *Falimento*, 1979.
- ALTMAN Edward, Financial Ratios, Discriminant Analysis and the Prediction of Corporate Bankruptcy, 23 *J. Fin.* 589 (1968).
- ALTMAN, HADELMAN and NARAYANAN, ZETA Analysis: New Model to Identify Bankruptcy Risk of Corporations, 1 *J. Banking & Fin.* 29 (1977).
- AMONN Kurt, *Grundriss des Schuldbetriebs- und Konkursrechts*, Berne, 1980.
- BAUDAT Maurice, *L'action révocatoire en droit suisse*, Thèse, Lausanne, 1911.
- BAUER Michel et COHEN Elie, *Qui gouverne les groupes industriels?*, Essai sur l'exercice du pouvoir du et dans le groupe industriel, Paris, 1981.
- BEJOT Michel, *La protection des actionnaires externes dans les groupes de sociétés en France et en Allemagne*, Bruxelles, 1976.
- BEN-DROR Yoav, An Empirical Study of Distribution Rules Under California Corporations Code § 500: Are Creditors Adequately Protected?, *UC Davis Law Review*, 1983, vol. 16, pp. 375ss.
- BERLE Adolf A. et MEANS Gardiner, *The Modern Corporation and Private Property*, revised edition, New York, 1967.
- BERZ Hans, *Der Paulianische Rückerstattungsanspruch*, Thèse, Zurich, 1960.
- BEZARD, DABIN, ECHARD, JABAUD et SAYAG, *Les groupes de sociétés, une politique législative*, Librairies Techniques, Paris, 1975.
- BIEDENKOPF/KOPPENSTEINER, *Kolner Kommentar zum AktG*, § 18 al. 1.
- BLAISE Jean-Bernard, *Les groupes de sociétés*, Institut Universitaire International, Luxembourg, 1973.
- BOCKLI Peter, *Verbesserung der Transparenz im revidierten Aktienrecht*, *SAG*, 1983, vol. 55, pp. 111ss.
- BONSIGNORI A., *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, Padova, 1980.
- BOUCOURECHLIEV Jeanne, *Rapport in: La filiale commune*, Colloque de Paris, 1975, pp. 42ss.
- BOURQUIN Gérald-Charles, *La divergence apparente entre les textes allemand et français de l'article 725 alinéa 2 CO*, *SJ* 1980, pp. 193ss.
- BRAND Ernst, *L'action révocatoire*, *FJS* no 74, p. 1.
- BUXBAUM Richard M. et SCHNEIDER Uwe H., *Die Fortentwicklung und der Konzernklage im amerikanischen Recht*, *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, no 11, avril 1982, pp. 199ss, 218.

- BUXBAUM Richard M., Aktionärs- und Konzernklage in der USA, ZGR 2/ 1982, p. 202.
- CARY Williams L., On Corporations, 4ème éd., 1969, The Foundation Press.
- CAVIN Pierre, Traité de droit privé suisse, Tome VII.
- CHAMPAUD Claude, Le pouvoir de concentration de la société par actions, Bibliothèque de droit commercial, Paris, 1962.
- CHAMPAUD Claude, Les méthodes de groupement des sociétés, *in*: Revue trimestrielle de droit commercial, 1967, pp. 1003ss.
- CLARK Robert Charles, The Duties of the Corporate Debtor to its Creditors, Harvard Law Review, vol. 90, 1977, pp. 505ss.
- COLESANTI, MAFFEI-ALBERTI et SCHLESINGER, Provvedimenti urgenti per l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, *in*: Nuove leggi civ., 1979, pp. 705ss.
- COLLIER, On Bankruptcy, 15e édition, New York, Matthew/Bender, 1983, vol. I.
- COUNTRYMANN Vern, Cases and Materials on Debtor and Creditor, Boston/Toronto, Little Brown, 1964.
- DALLEVES Louis, Problèmes de droit privé relatifs à la coopération et à la concentration des entreprises, Revue de droit suisse, 1973, vol. II, pp. 560ss.
- DOKA Carl, Das internationalrechtliche Problem der Actio Pauliana, ZSR, 1945, pp. 331ss.
- DOUGLAS/SHANKS, Insulation from liability through Subsidiary Corporation, Yale Law Journal, vol. 39, 1929.
- DRUEY Jean-Nicolas, Aufgaben eines Konzernrechts, RDS 1980, vol. II, pp. 273ss.
- EBENROTH Th., Zum «Durchgriff» im Gesellschaftrecht, SAG, 1985, pp. 124ss.
- EMMERICH/SONNENSCHNEIDER, Konzernrecht, 2e éd., München, 1977.
- FAVRE Antoine, Droit des poursuites, Fribourg, 1967.
- FICKER, Les Groupes de sociétés, Institut Universitaire International, Luxembourg, 1973.
- FITTING F., Remarques sur l'action révocatoire, RSJ 1953, pp. 17ss.
- FORSTMOSER Peter et MEIER-HAYOZ Arthur, Einführung in das schweizerische Aktienrecht, 2e éd., Berne, 1980.
- FRITZSCHE Hans, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Zurich, 1968, vol. II.
- FULLER Ron L. and EISENBERG Melvin A., Basic Contract Law, 4ème édition,

- 1981, St. Paul, Minnesota, West Publishing, 1ère Partie.
- GANSHOF Louis F., *Le droit de la faillite dans les Etats de la CEE*, Bruxelles, 1969.
- GERMAIN Michel, *Sociétés dominantes et sociétés dominées en droit français et en droit allemand*, Thèse, Nancy, 1974.
- GESSLER Ernst, *Zur handelsrechtlichen verdeckten Gewinnausschüttung*, Festschrift für Robert Fischer, 1979.
- GILLIERON Pierre-Robert, *Poursuite pour dettes, faillite et concordat*, Lausanne, 1985.
- GLENN Garrard, *The law of Fraudulent Conveyances*, New York, 1933.
- GUHL Theo, *Das schweizerische Obligationenrecht*, 7e éd., Zurich, 1980.
- HANISCH Hans, *Aktuelle Probleme des internationalen Insolvenzrechts*, Schweizerischen Jahrbuch für internationales Recht, Bd. 36, 1980.
- HANISCH Hans, *Insolvenzrechtsvergleichung, Bemerkungen zum Stand des deutschen Insolvenzrechtsvergleichung*, Festschrift für Stefan Riesenfeld, 1983, Berkeley, pp.62ss.
- HEENEN J., *Les nullités de la période suspecte dans les pays de la CEE*, Liber Amicorum Baron Louis Frédéricq, Gand, 1965.
- HENGGELER J., *Verdeckte Gewinnausschüttungen der Aktiengesellschaft*, SAG 1941/1942, pp. 50ss.
- HIRSCH Alain, *La responsabilité des groupes bancaires internationaux*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Economica, 1984, p. 479ss,
- HIRSCH Alain, *Droits et devoirs des sociétés mères et de leurs filiales, Caractéristiques et contrôle des groupes bancaires internationaux*, Actes du Colloque de Bruxelles, Centre d'Etudes des Groupes d'Entreprises, 1985, pp. 453ss.
- HIRSCH Alain, *Les groupes de sociétés et les sociétés multinationales en droit suisse*, Institut Universitaire International, Luxembourg, 1973.
- HOMBURGER Eric, *Zur «Durchgriff» im Schweizerischen Gesellschaftsrecht*, RSJ 1971, pp. 249ss.
- HOUIN Roger, *Les groupes de sociétés en droit français*, in: *Les groupes de sociétés en droit européen*, vol. II, Florence, 1982, pp. 45ss.
- IMBODEN M., *Die gesetzmässigen Voraussetzungen einer Besteuerung verdeckter Gewinnausschüttungen*, in: *Archiv für schweizerisches Abgaberecht*. Bd. 31 (1963/63), pp. 177ss.
- IMMENGA Ulrich, *Company Systems in German Law*, Institut universitaire international, Luxembourg, juillet 1973.

- IMMENGA Ulrich et KLOCKE Detlef, Konzernkollisionsrecht, ZSR, 1973, I.
- ISRAEL Carlos L., Columbia Law Review, vol. XLII, 1942, pp. 376ss.
- JAEGER Charles, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, traduction française, non datée, Lausanne/Genève, vol. III, p. 24.
- JENNINGS/BUXBAUM, Corporations Cases and Materials, 5e ed., West Publishing, St. Paul, Minnesota, 1979.
- KNITZKI, Les groupes de sociétés, Institut Universitaire International, Luxembourg, 1973.
- KOLLER Alfred, Der gute und der böse Glaube im allgemeinen Schuldrecht, thèse, Fribourg, 1985.
- KRAHE, Konzernorganisation, publication de la Schmalenbach Gesellschaft, Köln/Opladen, 1952.
- KUMMERT Richard O., The Financial Provisions of the New Washington Business Corporation Act, Part II, Washington Law Review, vol. 62, 1966/67, pp. 119ss.
- LANDERS Jonathan M., Another Word on Parent, Subsidiary, and Affiliates in Bankruptcy, The University of Chicago Law Review, 1976, vol. 43, pp. 527ss.
- LANDERS Jonathan, A Unified Approach to Parent, Subsidiary, and Affiliate Questions in Bankruptcy, The University of Chicago Law Review, 1975, vol. 42, pp. 589ss.
- LATTY Elvin, Subsidiaries and Affiliated Corporations, A Study in Stockholders' Liability, Thèse, Chicago, 1936.
- LUTTER Markus, Le droit des Konzern en RFA s'est-il imposé dans les faits?, Droit et Pratique du Commerce International, 1976, pp. 305ss.
- LUTTER Markus, Das Konzernrecht der Bundesrepublik Deutschland: Ziel, Wirklichkeit und Bewährung, SAG, 1976, pp. 151ss.
- MASSHARDT H., Kommentar zu eidg. Wehrsteuer.
- Mc LAUGHLIN James A., Application of the Uniform Fraudulent Conveyance Act, Harvard Law Review, vol. 46, 1933, pp. 404ss.
- MILLOZZA G., La nuova legge sull'amministrazione straordinaria delle imprese in crisi, in: Dir. fall., 1979, I.
- MINERVINI G., Il «supercommissionario» : epilogo (per ora...), in: Rassegna economica, 1979.
- MONTANARI Massimo, Amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi e revocatoria fallimentare, Giur. Commerciale 1981, I.

- MULLER Welf, Group Accounts under the Proposed 7th ECC Directive: A Practitioner's View, **in:** Les groupes de sociétés en droit européen, vol. II, Florence, 1981, pp. 175ss.
- NAACKÉ Henri, Le droit français des groupes de sociétés, Thèse, Lyon, 1975.
- NOWACK John, YOUNG Nelson, ROTUNDA Ronald, Constitutional Law, 2e ed., 1983, West Publishing.
- OETZEK Selcuk, La protection des actionnaires externes dans les groupes de sociétés dirigés par une société holding, Etude de droit français avec référence au droit suisse et au droit turc, Thèse de Lausanne, 1982.
- OPPETIT Bruno et SAYAG A., Méthodologie d'un droit des groupes de sociétés, *Revue des Sociétés*, 1973, pp. 577ss.
- PAILLUSSEAU Jean, La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise, Thèse de Rennes, Paris, 1967.
- PAILLUSSEAU Jean, Rapport, **in:** La filiale commune, Paris, 1975, pp. 30ss.
- PATRY Robert, Rapport, **in:** La filiale commune, Paris, 1975, pp. 69ss.
- PAULUS Gotthard, Sinn und Formen der Glaubigeranfechtung, *AcP* 155 (1956).
- PENARD Maurice, Recherche d'une définition du groupe, Congrès de Liège, 1973.
- PETITPIERRE-SAUVAIN Anne, Droit des sociétés et groupes de sociétés, Genève, 1972, deuxième partie, Le droit de retrait de l'actionnaire et le droit de rachat de la majorité.
- PLEYER K., WESTERMANN H.P., LIESER J., Tatsachen und Konzeptionen für ein neues GmbH-Konzernrecht, *Zentrale für GmbH Dr. Otto Schmidt*, Köln, 1970.
- POSNER Richard A., The Rights of Creditors of Affiliated Corporations, *The University of Chicago Law Review*, 1976, vol. 43.
- PRENTICE D.D., Groups of Companies: The English Experience, **in:** Les groupes de sociétés en droit européen, vol. II, Florence, 1981, pp. 99ss.
- PROBST Dieter C., Die Verdeckte Gewinnausschüttungen nach Schweizerischem Handelsrecht, Thèse, Berne, 1981.
- REMBAR Charles, Claims Against Affiliated Companies in Reorganization, *Columbia Law Review*, vol. 39, 1939, pp. 907ss.
- REYMOND Jacques-André, L'influence du droit fiscal sur le droit commercial, *RDS* 1978, Vol. II, pp. 350ss.
- RIESENFELD Stefan A., Creditors' Remedies and Debtors' Protection, 3rd ed., West Publishing Co., St. Paul, Minnesota, 1979.

- RIPERT/ROBLOT, *Traité élémentaire de droit commercial*, 1980, tome I.
- RODHE Knut, *Groups in Scandinavian Company Law*, in: *Les groupes de sociétés de droit européen*, vol. II, Florence, 1981, pp. 142ss.
- RODIERES René, *La protection des minorités dans les groupes de sociétés*, *Revue des Sociétés*, 1970, pp. 243ss.
- ROHR Andreas, *Der Konzern im IPR unter besonderer Berücksichtigung des Schutzes der Minderheitsaktionäre und der Gläubiger*, *Etudes suisses de droit international*, vol. 32, Schulthess, Zurich, 1983.
- ROSENBERG Robert J., *Intercorporate Guarantees and the Law of Fraudulent Conveyances: Lender Beware*, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 125, No. 2, 1976, pp. 235ss.
- ROUSSEAU Louis, *Groupes de sociétés et actionnaires externes*, Thèse de Poitiers, 1972.
- RUCKSTUHL François, *Die Zulässigkeit von Interimsdividenden nach schweizerischem Recht*, thèse, Zurich, 1974.
- RUEDIN Roland, *Vers un droit des groupes de sociétés?*, *Revue de droit suisse*, 1980, vol. II, pp. 138ss.
- RUEDIN Roland, *Propositions pour un droit suisse des groupes de sociétés*, *SAG*, 1982, No 3, pp. 99ss.
- SCHMIDT Dominique, *La responsabilité civile dans les relations de groupes de sociétés*, *Revue des sociétés*, 1981, Dalloz, p. 725.
- SCHOENENBERG/JAEGGI, *Kommentar ad art. 1 CO*.
- SEYDEL Joachim, *Die Anwendbarkeit des allgemeinen Regeln über ungerechtfertigte Berechnung bei Leistungen der Aktiengesellschaft an die Aktionäre*, Thèse, Bâle, 1979.
- SLONGO Bruno, *Der Begriff der einheitlichen Leitung als Bestandteil des Konzernsbegriffes*, Thèse, Zurich, 1980.
- SPANO E., *Prime applicazioni dell'amministrazione straordinaria*, in: *Banche e banchieri*, 1979.
- VAN OMMESLAGHE Pierre, *Les objectifs d'une organisation des groupes de sociétés en droit comparé*, *Liber Amicorum Baron Louis Frédéricq*, Gent, 1966.
- VAN OMMESLAGHE Pierre, *Les groupes de sociétés et l'expérience du droit belge*, Florence, 1982.
- VAN OMMESLAGHE Pierre, *Les groupes de sociétés et les sociétés multinationales en droit belge*, *Institut Universitaire International*, Luxembourg, 1973.

- VISCHER Frank et RAPP Fritz, Zur Neugestaltung des schweizerischen Aktienrechts, Berne, 1968.
- WES Edward Jr., Substantive Consolidations in Bankruptcy: A Flow of Assets Approach, California Law Review, 1977, vol. 65, No 1, pp. 720ss.
- WILLIAMSON Olivier E., Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications, A Study in the Economics of Internal Organisation, New-York/London, 1975.
- WITZ David A., Shareholders Liability for Dividends Improperly Declared and Paid, Texas Law and Legislation, vol. 1, 1947, pp. 220ss.
- WURDINGER H., Doc. CEE 18/70, pp. 4-5.
- WURDINGER H., Grosskommentar AktG, §8 al. 1.
- ZWEIFEL Martin, Fragen des Minderheitenschutzes in einem schweizerischen Konzernrecht, SAG, 1978, pp. 91ss.



COLLECTION GENEVOISE

Michel Hottelier

L'article 26 CEDH
et l'épuisement des voies de recours
en droit fédéral suisse

Silvia Tevini Du Pasquier

Le crédit documentaire
en droit suisse.

Droits et obligations
de la banque mandataire
et assignée

Les grands juristes

Dominique Mani

Eugen Huber
juriste charismatique

